



**MESTRADO EM DIREITO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA**

Waldemar Eduardo Jesus

Cessão da Garantia Bancária Autónoma: uma reflexão à luz do Direito Santomense

Lisboa/ 2014

Waldemar Eduardo Jesus

Cessão da Garantia Bancária Autónoma: uma reflexão à luz do Direito Santomense

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO EM CIÊNCIA
JURÍDICA EMPRESARIAL**

Orientadora: Prof^a Doutora Margarida Lima Rego

Lisboa/ 2014

Dedicatória

Dedicamos essa dissertação a todos aqueles que acreditaram em nós e fizeram parte de todo o processo da sua realização.

Agradecimento

Cabe aqui expressar o nosso sincero agradecimento a todos aqueles que, de uma maneira ou de outra, nos ajudaram a levar este trabalho a bom porto, sobretudo a Deus por nos amparar nos momentos difíceis, nos dar força interior para superar as dificuldades, nos mostrar o caminho nas horas incertas e nos suprir em todas as nossas necessidades e, aos nossos pais que sempre estiveram presentes e que nos ajudaram, mais uma vez, na realização desta etapa difícil da nossa vida acadêmica. Gostaríamos, no entanto, de deixar expresso o nosso especial reconhecimento à Senhora Professora Doutora Margarida Lima Rego, por nos honrar com a sua orientação e pela disponibilidade e partilha de conhecimentos durante a concepção e execução desta dissertação.

Abreviaturas

Ac.Acórdão

Art.(s)Artigo(s)

AUG da OHADA Ato Uniforme da OHADA

BGB(Bürgerliches Gesetzbuch) Código Civil da Alemanha

CJ.....Coletânea de Jurisprudência

C.Civ.Código Civil

CCICâmara do Comércio Internacional

CCom.Código Comercial

Cfr.Conferir

CNUDCIComissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional

PALOPPaíses Africanos de Língua Oficial Portuguesa

P/PP.Página/ Páginas

Proc.Processo

OHADAOrganização para Harmonização em África do Direito dos Negócios

Segs.Seguintes

STP.....São Tomé e Príncipe

V.Ver

ZEEZona Económica Exclusiva

Resumo

A cessão da garantia bancária autónoma é, sem dúvida, um aspeto da maior relevância para o cessionário de um determinado crédito pois, é mais um meio que o comércio, «máxime», o comércio internacional dispõe aos seus operadores para obter a liquidez. Pretendemos com o presente trabalho, analisar a aplicabilidade à garantia bancária autónoma do princípio segundo o qual, em caso de transmissão de um crédito as respetivas garantias e outros acessórios também se transmitem. Com base na doutrina internacional, sobretudo italiana e portuguesa, pretendemos chegar uma solução que permita boa aplicação do instituto em causa na ordem jurídica santomense, isto é, que permita ao cessionário de um crédito salvaguardar, efetivamente, os seus legítimos interesses.

Palavras-chave: cessão, crédito, garantia bancária autónoma, ordem jurídica santomense.

Résumé

La cession de la garantie bancaire autonome, est sans doute un aspect de la plus grande pertinence pour le cessionnaire d'un crédit accordé, c'est un autre moyen que le commerce, «máxime», le commerce international met à ses exploitantes ou ses operateurs pour obtenir de la liquidité. Nous espérons avec ce travail, d'analyser l'applicabilité de la garantie bancaire autonome, en partant du principe selon lequel en cas de transfert de crédit, les respectives garanties et autres accessoires également se transmettent. Basé sur la doctrine internationale, notamment italienne et portugaise, nous avons l'intention de parvenir à une solution que permet une application correcte de l'institut concerné, dans le cadre droit Santoméen, c'est à dire, c'est qui permet au cessionnaire d'une créance de protéger, effectivement, ses intérêts légitimes.

Mots clés: cession, crédit, garantie bancaire autonome, l'ordre juridique Santoméen.

Declaração de compromisso Anti Plágio

Declaramos por nossa honra que o trabalho que apresentamos é original e que todas as citações estão corretamente identificadas. Temos consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui grave falta ética e disciplinar.

Índice Geral

Dedicatória.....	iii
Agradecimento.....	iv
Abreviaturas.....	v
Resumo	vi
Résumé.....	vii
Declaração de compromisso Anti Plágio	viii
Introdução	1
I- Breve análise à figura da garantia bancária autónoma	4
Capítulos I- Aspetos preliminares.....	4
1. Noções e origens.....	4
2. Relevância prática: vantagens da figura face à fiança.....	6
3. Modalidades da garantia bancária autónoma.....	7
a) Classificação quanto ao fim.....	7
b) Classificação quanto ao carácter direto ou indireto da garantia.....	9
c) Classificação quanto à automaticidade.....	9
4. Qualificação jurídica.....	11
Capítulo II- Da caraterização geral	12
1. Relações jurídicas envolvidas (estrutura).....	12
1.1. Relações entre devedor/ordenante e o garante.....	13
1.2. Relações entre o banco e o beneficiário.....	14
2. Caraterísticas da garantia bancária autónoma.....	16
2.1. Caraterística fundamental.....	16
2.2. Caraterística eventual.....	18
II- Da cessão da garantia bancária autónoma	18
Capítulo I- Cessão de créditos e das garantias.....	19
1. Cessão de créditos	19
1.1. Noção e admissibilidade.....	19
1.2. Espécies.....	21
1.3. Requisitos.....	22
1.4. Natureza jurídica.....	23

1.5. Dos efeitos da cessão de créditos.....	27
1.5.1. A problemática sobre a perfeição da cessão de créditos.....	27
1.5.2. Efeitos produzidos.....	29
a) Quanto as partes.....	29
b) Quanto ao devedor.....	31
2. Transmissão das garantias.....	32
2.1. Suscitação de alguns problemas.....	34
2.1.1. Possibilidade da cessão <i>ex lege</i> da garantia bancária autónoma.....	34
2.1.1.1. Posições favoráveis à cessão <i>ex lege</i>	34
2.1.1.2. Posições desfavoráveis à cessão <i>ex lege</i>	36
2.1.1.3. Os reflexos da doutrina desfavorável à cessão <i>ex lege</i>	40
2.1.2. Problema da eventual transmissão da cláusula «à primeira solicitação».....	44
2.1.3. Posição adotada.....	47
Conclusão.....	50
Bibliografia	51

Introdução

Eleger um tema como objeto de estudo não é uma tarefa fácil, sobretudo quando se trata de matéria de direito civil, na vertente de direito das obrigações. É mais difícil, ainda, quando se pretende abordar o tema, refletindo sobre o direito santomense, como é o nosso caso.

A dificuldade prende-se, não apenas por se relacionar com um tema sobre o qual doutrina e jurisprudência santomenses ainda não se pronunciaram, mas também porque estamos obrigados ao rigor e à síntese do essencial (selecionar os aspetos mais relevantes e levantar as questões mais pertinentes para discussão) quando dissertamos sobre um tema de mestrado, o que seria indesejável no caso contrário.

Para ultrapassarmos as dificuldades da abordagem do tema somos obrigados, em primeiro lugar, recorrer a doutrinas internacionais, sobretudo a do direito português que é a fonte mais usada em São Tomé e Príncipe (STP)¹.

O sistema jurídico de STP é praticamente similar ao sistema jurídico português. Aliás, a própria Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe consagra-o no seu art. 158.º nestes termos: «A legislação em vigor à data da Independência Nacional mantém transitoriamente a sua vigência em tudo o que não for contrário à presente Constituição e às restantes leis da República». Com efeito, vigora no território santomense o Código Civil Português de 1966 que sofreu uma e única alteração levada a cabo pela Lei n.º 2/77, de 28 de dezembro, que revogou o Livro IV (Direito da Família). Vigora também, o Código Comercial de 1888 (aprovada pela Carta de Lei de 28 de Junho de 1888) que regula a atividade comercial, as sociedades comerciais (anónimas, em nome coletivo, em comandita e cooperativas), contratos comerciais especiais, as operações de banco e comércio marítimo.

O Direito Privado Santomense conheceu nos últimos tempos uma notável evolução². Trata-se, no nosso entender, de uma evolução esforçada pela descoberta de recursos petrolíferos

¹ A República Democrática de São Tomé e Príncipe (STP) é uma pequena Ilha Estado localizada no Golfo da Guiné. É constituída por duas ilhas principais, a ilha de São Tomé com uma superfície de 859 km² e a ilha do Príncipe com aproximadamente 142 km². O país não possui fronteira terrestre e encontra-se localizado relativamente perto da costa da Nigéria, Camarões, Guiné Equatorial e Gabão. A sua zona económica exclusiva (ZEE) abrange cerca de cento e setenta mil quilómetros quadrados (170,000 km²).

no território santomense sobretudo, da própria perspetiva de São Tomé e Príncipe entrar na lista dos países exploradores deste ouro negro em 2015, através da exploração do Bloco 1 em conjunto com a Nigéria ³. A perspetiva a volta da exploração do petróleo em São Tomé e Príncipe fez com que o número de bancos comerciais aumentasse no país entre anos 2003 a 2008 traduzindo, efetivamente, em alargamento significativa da emissão de crédito, 45% em 2008-2009 e 48% em 2009-2010 a maior parte em moeda estrangeira (79%)⁴.

De facto, não é apenas a intenção de querer ser o profissional na área do Direito Bancário o que mais nos pesou na escolha do tema em análise, na verdade, deve-se também ao referido aumento da emissão de crédito bancário e de todo impacto que dele ocorre para a sociedade santomense. Aliás, a transmissão da garantia bancária autónoma constitui um dos aspetos mais significativos para cessionário de um determinado crédito dada função de financiamento que dispõe para operadores do comércio, sobretudo no comércio internacional. Esta é mais uma razão que nos impulsionou a fazer este estudo, com objetivos de chegar uma solução coerente e aplicável em STP de forma a salvaguardar, efetivamente, os legítimos interesses do cessionário de um crédito.

² Na área do petróleo aprovaram diversos dispositivos legais, como por exemplo: Lei n.º 4/2000, de 23 de Agosto (Aprova a Lei-Quadro da Atividade Petrolífera); Lei n.º 8/2004, 30 de Dezembro (Aprova a Lei-Quadro da Receitas Petrolíferas); Lei n.º 11/2006, de 29 de Dezembro (Lei orgânica da Comissão de Fiscalização do Petróleo), entre outros. Nas áreas comerciais, sociedades, investimentos e *offshore* aprovaram: Lei n.º 7/2008, de 27 de Agosto (Novo Código do Investimento) que revoga antigo Código de Investimento (Lei n.º 13/92, de 18 de Junho); Decreto n.º 7/2004, de 30 de Junho (Aprova o Regime Geral do Exercício do Comércio, que regula, nomeadamente, as condições de exercício da atividade comercial e de abertura e funcionamento de estabelecimento comercial); Lei n.º 14/92, de 15 de Setembro (Lei das privatizações); Lei n.º 4/2001, de 31 de Dezembro (Lei da Propriedade Industrial); Decreto n.º 6/2004, de 30 de Junho (Regulamento da propriedade industrial); Lei n.º 1/2004, de 7 de Abril (Regime jurídico dos jogos de fortuna e azar); Lei n.º 9/2006, de 2 de Novembro (Lei da arbitragem voluntária); Lei 3/2004, de 2 de Julho (Lei das telecomunicações); Lei n.º 61/95, de 31 de Dezembro (Regime Franco); Decreto-lei n.º 33/98, de 10 de Novembro (Código das atividades offshore); Decreto-lei n.º 70/95, de 31 de Dezembro (Sociedades anónimas offshore); Decreto-lei n.º 62/95, de 31 de Dezembro (Regime jurídico dos bancos offshore). Disponível in <http://www.juristep.com/legislacao.htm>, visto em fevereiro de 2014.

³ República Democrática de São Tomé e Príncipe partilha com a República Federal de Nigéria uma zona de exploração conjunta. De acordo com art. 3.º, n.º 3.1, do Tratado celebrado entre dois Estados na exploração conjunta da referida zona, São Tomé e Príncipe tem benefícios e obrigações decorrentes das atividades de desenvolvimento levadas a cabo na Zona numa proporção de 40% contra 60% da Nigéria (disponível in <http://www.juristep.com/legis/tratado>, visto em Janeiro de 2014).

⁴ “Relatório de avaliação mútua sobre a luta contra branqueamento de capitais e o financiamento de terrorismo em São Tomé e Príncipe”, 10 de maio de 2013, p. 27 (disponível in <http://web.giaba.org/media/f/>, visto em Novembro de 2013).

Apesar de se aplicar a garantia bancária autónoma as normas do Código Comercial, dado ao facto que se prende com a natureza comercial das operações bancárias (art. 362.º do CCom.) na verdade, o que nos interessa mais para nosso estudo são as normas do Código Civil, mormente do Livro das Obrigações (Livro II do Código Civil, Direito das Obrigações), pois a transmissão da garantia bancária autónoma não passa de uma forma de transmissão de um direito de crédito regulado, tanto em STP como em Portugal, nos termos dos arts. 577.º e seguintes do Código Civil.

Em segundo lugar, por uma questão da sistematização e da maior coerência da nossa abordagem, decidimos dividir o trabalho em duas partes. Na primeira, o que pretendemos no fundo é apresentar, com algum rigor, uma noção da garantia bancária autónoma e do respetivo contrato, apurando a sua origem e razão de ser, as modalidades que pode assumir, a sua estrutura, as suas características, e delimitando-a da mais paradigmática garantia pessoal, a fiança bancária.

Na segunda, começaremos por analisar a cessão da garantia bancária autónoma de acordo com instituto de cessão de crédito. Nessa análise tentaremos dar resposta às seguintes questões:

1. Pode a garantia bancária autónoma ser transmitida automaticamente com a cessão do crédito garantido conforme o regime geral previsto no art. 582.º, nº 1, do Código Civil?
2. Caso a cessão ocorra por via de um contrato⁵, de quem deve ser o consentimento, do ordenante da garantia (devedor do contrato-base), do garante, de ambos, ou de nenhum deles?
3. Caso o beneficiário da garantia a transferir ao terceiro a sua posição creditícia desrespeitando o requisito da transmissão, a garantia extingue-se ou subsiste?
4. Tratando-se de uma garantia com a cláusula à primeira solicitação, de quem é a legitimidade para acionar a garantia?

Para além da doutrina portuguesa relevante na matéria recorreremos, também, à doutrina internacional, sobretudo, italiana que são as que nos oferecem muitos dados sobre a matéria,

⁵ Por oposição a caso da possibilidade da garantia bancária autónoma se transmitir automaticamente no regime geral de cessão de crédito, regulado entre nós no artigo 582.º, nº 1, do C.Civ.

bem como ao direito de OHADA e da CCI. Feito esse percurso, estarão criadas as condições para chegarmos uma conclusão que colocará o fim o nosso estudo.

I- Breve análise à figura da garantia bancária autónoma

Capítulos I Aspetos preliminares

1. Noção e origens

Seguindo o ensinamento de Galvão Telles⁶, podemos definir garantia bancária autónoma como «a garantia pela qual o banco que a presta se obriga a pagar ao beneficiário certa quantia em dinheiro, no caso da alegada inexecução ou má execução de determinado contrato (o contrato-base), sem poder invocar em seu benefício quaisquer meios de defesa relacionados com esse mesmo contrato». O compromisso assumido pelo banco perante o seu cliente, de pagar, nos termos acordados, uma determinada quantia ao beneficiário (contraparte do seu cliente no contrato base), só admite a possibilidade de recorrer os meios de defesa derivados do contrato base na situação abusiva ou fraudulenta⁷.

A título do enquadramento histórico, considera a doutrina⁸ que a primeira teorização da garantia autónoma⁹ se deu com o trabalho de autor germânico *Rudolf Stammler*, intitulado “*Der Garantievertrag. Eine civilistische Abhandlung*”, publicado em 1886.

⁶ TELES, Inocêncio Galvão, *Garantia Bancária Autónoma*, in o Direito, Ano 120, 1988, III-IV, p. 283.

⁷ Cfr., nesse sentido, FERREIRA, António Pedro A., *Direito Bancário*, Lisboa, Quid Juris, 2005, p. 665.

⁸ Cfr., entre outros, COSTA, Mário Júlio de Almeida e MONTEIRO, António Pinto, “Garantias bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação (parecer)”, *Coletânea de Jurisprudência*, Ano XI, Tomo V, p. 18; TELES, Inocêncio Galvão, *Garantia Bancária Autónoma*, *op. cit.*, p. 17; JARDIM, Mónica, *A Garantia Autónoma*, Almedina, Coimbra, p. 17.

⁹ A expressão que se generalizou é a “garantia bancária autónoma”, pelo facto de ser, em regra, o banco (pessoa com solvabilidade conhecida), quem passou a celebrar esse tipo de garantia. Mas também a seguradora tem garantido esse tipo de garantia.

Segundo *Stammler*, o contrato de garantia autónoma enquadra-se numa categoria especial de contratos independentes ou autónomos, definidos como «acordos tendentes a assegurar determinado resultado ou a assumir a responsabilidade pelo risco inerente a determinado empreendimento, sem ligação específica com certa obrigação cujo cumprimento se visasse assegurar»¹⁰.

Trata-se de uma figura contratual que se desenvolveu, recentemente, na prática comercial¹¹, em especial, no domínio bancário devido a exigência do comércio internacional da pós-segunda guerra mundial e sobretudo com a crise petrolífera de 1973¹², que passou a ver nas garantias tradicionais, quer pessoais (cujo paradigma, a fiança) quer reais (cujo paradigma, a hipoteca), um entrave para o seu desenvolvimento¹³.

José A. Rebelo Martins e Ernesto de Oliveira Ferreira ligam a utilização dessa figura em Portugal, com a crise do petróleo de 1973, uma vez que os países produtores de petróleo procuravam bens e serviços mediante a exigência da prestação de garantias bancárias¹⁴.

As mesmas necessidades do comércio internacional (segurança e celeridade) que deram origem à garantia bancária autónoma também impuseram a sua evolução. Essa evolução traduziu-se na introdução da chamada cláusula “à primeira solicitação”, “à primeira

¹⁰ Cit., TELES, Inocêncio Galvão, *Garantia Bancária Autónoma*, *op. cit.*, p.p. 281-282, nota, 1.

¹¹ O comércio internacional, em regra, é estabelecido entre pessoas que não conhecem a situação patrimonial e solvabilidade mútuas, por isso que as partes, na celebração do contrato, procuravam as melhores garantias bancárias como forma de salvaguardar ao credor em face das vicissitudes por que pode passar o património do devedor.

¹² Sobre o papel da crise petrolífera de 1973, cfr., entre outros, ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos III. Contratos de Liberalidade, de Cooperação e de Risco*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 201.

¹³ Conforme ensina CORDEIRO, António Menezes, *Manual de Direito Bancário*, Coimbra, 2006, p. 636, as garantias reais são, funcionalmente lentas, carecendo, na generalidade das situações, de uma execução judicial, o que implica, por sua vez, elevados custos de transação para o beneficiário. Relativamente a fiança – enquanto a mais paradigmática garantia pessoal – a sua característica fundamental justifica a baixa procura dos comerciantes uma vez que está, amplamente, sujeita às vicissitudes da relação de valuta (cfr., por exemplo, COSTA, Mário Júlio de Almeida e MONTEIRO, António Pinto, *op. cit.*, p. 18).

¹⁴ Cfr., MARTINS, José A. Rebelo e FERREIRA, Ernesto de Oliveira, *Garantias Bancárias*, Banco de Espírito Santo, Lisboa, 1983, p. 21.

interpelação” ou “*on first demand*”¹⁵. Com a introdução desta cláusula, surge na esfera jurídica do garante a obrigação de pagar a quantia estabelecida com base num simples pedido do beneficiário, efetuado nos termos previamente acordados, estando-lhe vedada a possibilidade de invocar exceções decorrentes da relação de base entre o ordenante e o beneficiário¹⁶. Afirmam muitos autores que a novidade está no facto de o beneficiário não ter de provar, aquando da execução da garantia perante o banco, os pressupostos que condicionam o seu direito, ou seja, o incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato celebrado entre o ordenante da garantia e o beneficiário da mesma, evitando-se possíveis atrasos no pagamento da soma estipulada¹⁷. Isto leva-nos a pensar que nas garantias autónomas simples o beneficiário tem que provar o incumprimento do contrato base. Na verdade, como no *infra* veremos¹⁸, o beneficiário da garantia autónoma simples não tem que provar o incumprimento do contrato base porque este requisito fiz respeito, simplesmente, a garantia acessória, que é o caso da fiança. O beneficiário tem sim, que provar outros factos que não seja o incumprimento do contrato base ou, pelo menos, que esteja relacionado com ele de forma indireta.

2. Relevância prática: vantagens da figura face à fiança

A relevância prática da garantia bancária autónoma face à mais paradigmática garantia pessoal – a fiança bancária – está na sua autonomia quanto à relação de valuta, isto é, a garantia bancária autónoma, como o próprio nome indica, prescinde de qualquer ligação com o contrato donde emana a obrigação principal, vedando, assim ao garante, o direito de opor ao beneficiário

¹⁵ Cfr., nesse sentido, GOMES, Fátima, “Garantia bancária autónoma à primeira solicitação”, in Revista Direito e Justiça, Volume VIII, Tomo 2, Ano 1994, p. 124. Essa cláusula não é elemento fundamental da garantia bancária autónoma mas sim, o simples elemento eventual da mesma (V., *infra*, cap. II, nº 2.2).

¹⁶ O banco garante só pode limitar a autonomia da garantia, invocando as exceções decorrentes no contrato base, se houver situações de fraude e o abuso de direito manifestos do pedido do beneficiário. Esses atos limitadores da autonomia da garantia bancária podem ser apreciados não só em função do contrato-base, como também noutras relações que envolvem a garantia em causa (cfr., ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos III...*, *op. cit.*, p. 208).

¹⁷ Cfr., COSTA, Mário Júlio de Almeida e MONTEIRO, António Pinto, *op. cit.*, pp. 18-19; GOMES, Fátima, *ibidem*.

¹⁸ Veja nota 26.

as exceções fundadas no contrato base. A autonomia da obrigação do garante não se verifica, apenas, em relação ao contrato base, mas também em relação ao contrato de mandato (contrato celebrado entre devedor de contrato-base e o banco garante)¹⁹. Enquanto a fiança, debilitada pela sua característica principal (acessoriedade), dá ao fiador o direito de opor ao credor os meios de defesa que competem ao devedor²⁰.

Aliás, como já tivemos oportunidades de ver, é justamente esta fragilidade da fiança que motivou os comerciantes a procurarem garantia mais ágil e segura, capaz de estimular a sua confiança na negociação transacional. Com efeito, elegeram a garantia bancária autónoma, conhecida atualmente como a mais segura, célere e eficaz das garantias, representando na expressão do juiz inglês Kerr, “*the lifeblood of international commerce*” que significa «o sangue da vida do comércio internacional»²¹.

3. Modalidades da garantia bancária autónoma

Existem alguns critérios utilizados na doutrina²² para classificar a garantia bancária autónoma. São eles: do fim que visa garantir; do carácter direto ou indireto da garantia e, por fim, do carácter automático da garantia.

a) Classificação quanto ao fim

Relativamente ao critério do fim da garantia, a doutrina²³ e a jurisprudência costumam falar mais de quatro tipos de garantias: a garantia de restituição ou reembolso dos pagamentos

¹⁹ V. *infra*, cap. II, n.º 1.2.

²⁰ Cfr., PINHEIRO, Jorge Duarte, *op. cit.*, p. 430.

²¹ Cfr., nesse sentido, PINHEIRO, Jorge Duarte, *op. cit.*, p. 418.

²² Ver, por exemplo, ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, 2009, p. 538.

²³ Cfr, na doutrina portuguesa, entre outros, PATRÍCIO, José Simões, “ Preliminares sobre a garantia *on first demand*”, À memória do Professor João de Castro Mendes, *in* Revista da Ordem dos Advogados, III, 1983, pp.680-682; BRANCO, Manuel Castelo, “A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações, *in* Revista da Ordem dos Advogados, I, 1993, pp.72-73; COSTA, Mário Júlio de Almeida e MONTEIRO, António Pinto, *op. cit.*, p. 20; VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de, *Direito das Garantias*, Manuais Universitários, Almedina, 2010, pp.127-128. Na doutrina anglo-

antecipados (“*advance payment bond*” ou “*repayment-garantie*”); a garantia de boa execução do contrato (“*perfomance bond*” ou “*perfomance guarantee*”); a garantia de pagamento (“*payment guarantee*”) e a garantia da oferta, também designada, “promessa mediante anúncio público”, ou “garantia da honorabilidade da proposta”, ou ainda, “garantia de subsistência da oferta”, conhecida na expressão inglesa “*bid bond*”.

A primeira garantia (*advance payment bond*) destina-se a assegurar ao contraente que pagou, antecipadamente uma parte do preço do contrato (da empreitada, ou do fornecimento, ou mesmo, da compra), que as quantias pagas em adiantado lhe serão devolvidas se a outra parte não cumprir o acordado deixando de realizar as suas prestações.

A garantia de boa execução do contrato (*perfomance bond*), por sua vez, visa garantir, perante o beneficiário, o correto e pontual cumprimento das obrigações assumidas pelo outro contraente. Nas palavras de Ferrer Correia, essa garantia “tem por objeto a indemnização do dano resultante para uma das partes do incumprimento pela outra parte da prestação caraterística do contrato”.

Enquanto a garantia de pagamento (*payment guarantee*) visa assegurar à parte credora de uma prestação pecuniária (vendedora, fornecedora, empreiteiro) o pagamento da dívida para o caso de o obrigado principal o não fazer, ou o não fazer pontualmente.

Por fim, a garantia da oferta (*bid bond*) destina-se a garantir que a pessoa a quem foi adjudicada a realização da empreitada (ou outro contrato) honrará a proposta apresentada ou mesmo a garantir que um concorrente a certa empreitada celebra o contrato ou presta uma outra garantia de boa execução.

saxónico, ver por exemplo, BERTRAMS, Roeland F., *Bank Guarantees in International Trade*, Kluwer law international, the Hague, 2ª ed., 1996, pp. 29 e segs. Há quem fala também de *maintenance bond*, como é o caso de Giovanni Battista Petti que, na análise a garantia bancária à primeira solicitação diz que “*maintenance bond*”, “*bid bond*” e “*performance bond*” são as garantias mais utilizadas no comércio internacional (cfr., PETTI, Giovanni Battista, *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, 2000, pp. 528 e segs).

b) Classificação quanto ao caráter direto ou indireto da garantia

Quanto a essa classificação, a garantia bancária autónoma pode ser direta e indireta. Na garantia direta, o devedor do contrato base dá ordem ao banco garante para prestar a garantia diretamente ao beneficiário, sem qualquer intermediário. Trata-se de uma garantia de estrutura triangular. Enquanto na garantia indireta, de estrutura quadrangular, um segundo banco com sede no país do beneficiário atua como intermediário, recebendo a ordem de prestar a garantia de um outro banco-garante do país do devedor-dador da ordem, banco este que presta, por sua vez, uma contragarantia a favor do banco garante (intermediário)²⁴.

c) Classificação quanto à automaticidade

No que respeita a esse critério, é costume distinguir duas modalidades da garantia bancária autónoma: garantia autónoma simples e a garantia autónoma à primeira solicitação (*on first demand*), sendo esta última a sua modalidade mais comum²⁵. Ambas as modalidades assentam na autonomia da obrigação do banco em relação ao contrato base, ou seja, na insuscetibilidade de este poder vir alegar a invalidade desse contrato ou vir lançar mão dos meios de defesa que eventualmente assistam ao mandante nesse âmbito²⁶.

Diz-se que uma garantia autónoma é simples, quando o banco garante se obriga a entregar ao beneficiário, em cumprimento da ordem dada pelo seu cliente, uma soma pecuniária acordada, desde que este demonstre a ocorrência do evento no qual incide a garantia (ex: a perda

²⁴ Cfr., FERREIRA, Francisco Dias Cortez, “A Garantia Bancária Autónoma – Alguns Problemas - ”, Relatório par o curso de mestrado em ciências Jurídico-comerciais, Direito Civil, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1991, p.32.

²⁵ Na célebre expressão do juiz inglês KERR, as garantias autónomas à primeira solicitação representam o sangue da vida do comércio internacional (*the lifeblood of internacional commerce*). Sobre as razões da considerada importância dessas garantias, ver, PATRÍCIO, José Simões, *op. cit.*, p. 679; COSTA, Mário Júlio de Almeida e MONTEIRO, António Pinto, *op. cit.*, p. 19.

²⁶ Cit., PINTO, José Costa, “A (Eventual) Transmissão automática da garantia bancária em caso de cessão do crédito garantido” *in* Actualidad Jurídica Uría Menéndez, n.º 26, 2010, p. 37.

ou a deterioração de um direito absoluto; a não receção de dinheiro, etc). Trata-se de um evento diferente do que ocorre na fiança²⁷.

Já a garantia à primeira solicitação (*on first demand*) verifica-se, quando o banco fica obrigado a prestar a garantia logo que seja interpelado pelo beneficiário para o efeito²⁸. É neste sentido que explicam Romano Martinez e Fuzeta da Ponte, «a garantia bancária à primeira solicitação, além de ser autónoma com respeito à relação garantida, opera-se de modo automático»²⁹.

Já foi defendido que, no âmbito desta segunda modalidade de garantia, podemos, ainda, distinguir as garantias à primeira solicitação com ou sem justificação documental³⁰. O que significa dizer que, a automaticidade resultante para uma garantia de inserção no seu texto de uma cláusula de pagamento «à primeira solicitação» admite vários graus, isto é, pode ser menor ou maior, consoante o pagamento exigir ou não, justificação documental. Quando exige a justificação documental (por exemplo, quando o beneficiário, ao fazer a exigência de pagamento ao garante, tem de juntar ao seu pedido uma sucinta descrição do alegado incumprimento deste), diz-se que a automaticidade é reduzida. A automaticidade é ainda, mais reduzida, se no texto da garantia estipular que o beneficiário deve juntar ao seu pedido, um relatório de um perito, ou, mais ainda, uma decisão judicial ou arbitral que confirme ter havido o incumprimento (do ordenante da garantia). Neste último caso, a garantia perde a sua automaticidade e até a sua autonomia uma vez que, o seu pagamento ficará dependente da verificação, em concreto, do incumprimento do contrato-base que está na origem à prestação da garantia. Quando isso acontece não se fala mais da garantia autónoma mas sim da fiança (garantia acessória), em que o pagamento exigível ao abrigo do contrato de garantia fica subordinado à demonstração da existência do incumprimento no contrato-base. Já nos casos em que o pagamento da garantia não

²⁷ A demonstração da ocorrência do evento por parte do beneficiário da garantia é um aspeto muito importante para caracterizarmos a garantia em causa. Se o evento for o incumprimento de uma obrigação de terceiro a garantia em causa será acessória, mas se for um evento diferente do incumprimento *qua tale*, ainda que com ele esteja indirectamente relacionado, a garantia será autónoma (Veja, ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *op. cit.*, pp. 199-200).

²⁸ Cfr., COSTA, Mário Júlio de Almeida e MONTEIRO, António Pinto, *op. cit.* p.19.

²⁹ MARTINEZ, Pedro Romano e PONTES, Pedro Fuzeta, *op. cit.*, p. 136.

³⁰ Cfr., LEITÃO, António Menezes, *Garantias das obrigações*, Manuais Universitários, Almedina, 2006, p. 153; veja-se também, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14.10.2004, processo nº 1008/04, in <http://www.stj.pt/>.

implica justificação documental³¹, diz-se que a automaticidade é elevada. Nesses casos, o caráter autónomo do funcionamento da garantia significa: «pediu, pagou»³².

4. Qualificação jurídica

Da análise da garantia bancária autónoma, ressalta, desde logo, que se trata, na maioria do ordenamento jurídico, em especial, no ordenamento jurídico português³³ e santomense de um negócio jurídico atípico (não tem um regime jurídico próprio), mas socialmente típico, isto é, de uma prática reiterada e aceite na comunidade jurídica^{34 35}. A figura jurídica em causa é assim, um produto da autonomia da vontade das partes e rege-se de acordo com o princípio da liberdade contratual previsto no art.º 405.º do Código Civil e demais regras deste diploma que, de acordo com as circunstâncias, lhe sejam aplicáveis. São também aplicáveis as normas do Código Comercial, pois o Direito Bancário está estreitamente ligado ao Direito Comercial. Apesar das normas do Direito Público, nomeadamente do Direito Administrativo desempenharem fortes influências nesse Ramo de Direito, a verdade é que o Direito Bancário é um Direito estreitamente ligado ao Direito Comercial. Aliás, as instituições de crédito são qualificadas no Regime Geral como empresas, o que as coloca no âmbito de aplicação do art.

³¹ Parece ser esta modalidade de garantia à primeira solicitação a única que deve ser considerada, uma vez que, quando se recorre a uma garantia bancária autónoma à primeira solicitação, o que se pretende é, tornar a garantia mais energética e segura, em que banco garante se constitui na obrigação de pagar imediatamente, a simples pedido do beneficiário, sem poder discutir o mal ou bem da garantia. Razão pela qual, não faz sentido falar da garantia à primeira solicitação com justificação documental.

³² Cfr., CAMELO, António Sampaio, “A garantia bancária à primeira solicitação – sua autonomia e instrumentalidade”, Anotação do Ac. do STJ de 5 de junho de 2003, Proc. n.º 1466/03, pp. 115 - 116, in <http://www.estig.ipbeja.pt/>, visto no Novembro de 2013.

³³ Apesar de atípico, como observa, e bem, ANTUNES, José A. Engrácia, *op. cit.*, p. 537, nota 1047, a garantia bancária autónoma é uma garantia nominada na lei portuguesa (cfr., art.º 106.º, nº 1 do DL n.º 405/93, de 10 de dezembro, art. 4, n.º 1, c) do DL n.º 69/2004, de 25 de março).

³⁴ Nesse sentido, veja-se, CORTEZ, Francisco, *op. cit.*, p. 530.

³⁵ Em alguns países Árabes, essa garantia encontra o seu regime jurídico legalmente tipificado. No caso de Bahrein, Koweit, Iraque e República Democrática e Popular do Yémen, a garantia autónoma é regulada através de legislação *ad hoc* e na Arábia Saudita através das “*Tender Regulations*”, que são circulares governamentais (Cfr., JARDIM, Mónica, *op. cit.*, p. 21). Na Europa do Leste, essa figura teve acolhimento legislativa, por exemplo no ex-Checoslováquia, ex-RDA e ex-República Social Federal da Jugoslávia. Mas não teve nenhum tratamento legislativo na Europa Ocidental (cfr., GOMES, Fátima, *op. cit.*, pp. 125-126).

230.º do CCom (empresas comerciais) e as operações que realizam são também comerciais, por aplicação, nomeadamente do art. 362.º do mesmo Código³⁶.

Cumpre-nos dizer que, ainda lhe são aplicáveis, por força dos usos do comércio internacional (*lex mercatória*), as Regras da CCI sobre Garantias à Primeira Solicitação (Regras n.º 458), a Convenção das Nações Unidas criada sob os auspícios da CNUDCI sobre Garantias Independentes e *Stand-by Letters of Credit* e bem como as regras do AUG da OHADA³⁷. Mas, a título de alerta, essas regras referidas têm a sua fonte nos usos próprios do comércio (que não têm a força vinculativa do costume por serem desprovida da convicção da sua obrigatoriedade, isto é, a *opinio iuris vel necessitatis*) não são normas jurídicas e funcionam como meras recomendações a serem voluntariamente adotadas pelas partes em função dos seus interesses pois, não têm qualquer carácter vinculativo.

Capítulo II- Da caracterização geral

1. Relações jurídicas envolvidas (estrutura)

Em torno da definição da garantia bancária autónoma *supra* referida, surgem-nos, pelo menos, três relações jurídicas: uma relação a que o banco é estranho e que se desenvolve entre os sujeitos da obrigação garantida, que se podem designar como credor principal e devedor principal, tendo geralmente por base um contrato – contrato-base, que constitui a relação principal, causal ou subjacente³⁸; uma segunda relação celebrada entre o devedor principal (dador da ordem, ordenador, garantido) e o banco (garante), em que este se vincula, mediante uma comissão, prestar uma garantia ao credor principal/beneficiário, assegurando o seu direito de ser reembolsado de imediato pelo devedor principal; e uma terceira relação jurídica celebrada entre o banco garante e o beneficiário (credor principal). É nesta última relação que encontramos

³⁶ Cit., PIRES, José Maria, *Elucidário de Direito Bancário*, Coimbra Editora, 2002, p. 37.

³⁷ Sobre aplicação das regras do AUG da OHADA na garantia bancária autónoma, veja, MANCUSO, Salvatore, *Direito Comercial Africano (OHADA)*, Almedina, 2012, pp. 296 e segs.

³⁸ Ver, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Maio de 2010, processo n.º 25878/07, disponível in <http://www.gde.mj.pt/jstj>.

o contrato de garantia pelo qual o garante, emitindo o competente título, se obriga a pagar o montante convencionada. É um negócio jurídico bilateral cuja aceitação pelo beneficiário será, as mais das vezes, tácita, mas contrato unilateral, visto que dele só resultam obrigações para o garante³⁹.

Interessa-nos mais, analisar as duas últimas relações, isto é, as relações estabelecidas entre o devedor principal/ordenante e o banco garante e a que liga o banco garante ao beneficiário da garantia.

Relativamente à relação entre o credor e o devedor do contrato-base queremos apenas referir que é frequente a estipulação, no próprio contrato, de uma cláusula pela qual uma parte ou ambas, se compromete(m) a garantir o correto e pontual cumprimento da(s) sua(s) prestação(ões) através de uma entidade financeiramente sólida, normalmente um banco⁴⁰, prática negocial que não põe em causa a independência do contrato autónomo de garantia relativamente ao contrato-base.

1.1. Relações entre devedor/ordenante e o garante

No âmbito da relação entre devedor/ordenante e o garante observa-se a existência de, pelo menos, três obrigações que não podemos deixar de referir:

- Obrigação assumida pelo banco de emitir determinada carta de garantia ⁴¹;
- Obrigação assumida pelo dador da ordem de pagar ao banco uma certa comissão;

³⁹ CAMELO, António Sampaio, *op. cit.*, p. 101, nota 31.

⁴⁰ CORREIA, Ferrer, “Notas para o estudo da garantia bancária”, in *Revista de Direito e Economia*, ano VIII, n.º 2, Jul/Dez., 1982, p. 247.

⁴¹ Celebrado o contrato de garantia, discute-se na doutrina, se o banco fica obrigado a prestar ao ordenador a informação sobre a solicitação da garantia. É compreensível a utilidade desta informação pois, com base nela, o devedor-principal pode tentar entrar em conversações com o beneficiário para o dissuadir da sua exigência ou procurar obter “provas líquidas” de fraude ou abuso na execução da garantia (provas essas que entregará ao banco para que este recuse o pagamento solicitado pelo beneficiário da garantia). Internacionalmente, a posição mais defendida é aquela que aponta no sentido de considerar que não existe um dever de informar, embora seja de louvar a informação que os bancos prestam aos ordenantes. *Bonelli* parece rejeitar essa posição quando diz que, embora no contrato de garantia não tiver previsão expressa sobre a obrigação de informar o ordenante da execução da garantia, ela resulta diretamente da boa-fé contratual (cfr., GOMES, Fátima, *op. cit.*, p. 179).

- E obrigação assumida pelo dador da ordem de reembolsar o banco de todo o pagamento que este venha efetuar a solicitação do beneficiário da garantia autónoma⁴².

Referente a terceira obrigação, o dador da ordem compromete-se ainda, a não invocar perante o banco, os meios de defesa que lhe cabem nas relações com o beneficiário. O dador da ordem pagará ao banco tal como este paga ao beneficiário – sem discutir as relações beneficiário-dador da ordem. E para assegurar a obrigação de reembolso, o banco normalmente exige a entrega de letras aceites ou livranças subscritas, em branco, pelo dador da ordem⁴³.

A questão problemática referente às relações em análise prende-se com a qualificação jurídica do contrato celebrado entre o ordenante e o garante. Na verdade, a doutrina maioritária considera o contrato em causa um mandato sem representação (cfr., arts. 1157.º, 1180.º e 1182 do CC), afastando as hipóteses de estarmos perante uma assunção de dívida, um contrato de seguro, um contrato promessa a favor de terceiro, ou mesmo de um contrato a favor de terceiro e por fim de um contrato de prestação de serviços⁴⁴.

1.2. Relação entre o banco e o beneficiário

No que tange a relação entre o banco e o beneficiário, cumpre-nos dizer que, uma vez celebrado o contrato de garantia, o banco vincula-se perante o credor do contrato-base (o beneficiário) a entregar a quantia pecuniária previamente acordada, desde que o beneficiário da garantia demonstre a ocorrência do facto pelo qual o banco se obrigou⁴⁵ (no caso de garantia autónoma simples) ou mesmo com o simples interpelação do beneficiário (como é o caso da garantia automática). Em dois casos, a obrigação que o banco assume é uma obrigação própria, isto é, não acessória da obrigação jurídica que visa garantir. Paralelamente, não lhe é lícito opor ao beneficiário as exceções relativas quer à relação jurídica estabelecida entre si e o devedor principal/ordenante, quer à relação jurídica garantida, aquela que se estabelece entre credor e devedor do contrato-base, conforme já referimos anteriormente.

⁴² PINHEIRO, Jorge Duarte, *op. cit.*, pp. 431-432.

⁴³ PINHEIRO, Jorge Duarte, *op. cit.*, p. 432.

⁴⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte, *op. cit.*, pp. 432 a 434.

⁴⁵ *Supra*, nota 23.

Quanto à qualificação da relação jurídica que ocorre, o entendimento geral aponta no sentido de que estamos perante um contrato unilateral ou não sinalagmático⁴⁶ na medida em que cria obrigações apenas para uma das partes, o garante. Sendo um contrato, à proposta que o banco dirige ao credor do contrato-base segue-se a aceitação do beneficiário que, frequentemente assume a natureza de uma declaração tácita⁴⁷, resultando claramente de comportamentos concludentes adotados pelo credor. Certamente, a exigência, por parte do credor/beneficiário, da estipulação de uma cláusula no contrato-base pela qual o devedor se obriga a conseguir um garante que emita a garantia, a par da não manifestação de recusa da proposta, aquando do recebimento da mesma, consubstanciam factos suficientes que revelam a intenção de aceitar a proposta contratual por parte do beneficiário, sendo que segundo o artigo 234.º do Código Civil, «quando a proposta, a própria natureza ou circunstâncias do negócio, ou os usos tornem dispensável a declaração de aceitação, tem-se o contrato por concluído logo que a conduta da outra parte mostre a intenção de aceitar a proposta»⁴⁸.

A questão da qualificação da relação jurídica entre garante e beneficiário assume a maior relevância prática na medida em que está em causa a validade da garantia autónoma à luz dos ordenamentos jurídicos português e santomense. De facto, seguir a orientação de que esta relação se concretiza mediante um negócio jurídico unilateral, contrariando a doutrina maioritária, significaria afastar a admissibilidade da figura já que no sistema jurídico português (e santomense) vigora o princípio da tipicidade dos negócios jurídicos unilaterais (artigo 457.º do Código Civil), não existindo qualquer norma que disponha sobre a matéria.

Do exposto, cumpre-nos agora, analisar as características da garantia bancária autónoma, a fim de salientarmos a que lhe é fundamental e a que lhe é, meramente eventual.

⁴⁶ Veja-se, neste sentido, TELLES, Inocêncio Galvão, *Garantia Bancária Autónoma*, *op. cit.*, p. 287; CORREIA, Ferrer, *op. cit.*, p. 249; COSTA, Mário Júlio de Almeida e MONTEIRO, António Pinto *op. cit.*, p. 19; CORTEZ, Francisco, *op. cit.*, p. 528; PINHEIRO, Jorge Duarte, *op. cit.*, p. 431; GOMES, Fátima, *op. cit.*, p. 157 e JARDIM, Mónica, *op. cit.*, p. 101; MENDES, Evaristo, “Garantias Bancárias. Natureza”, RDES, XXXVII, 1995, p. 423.

⁴⁷ Essa declaração é admissível, face ao direito português e santomense, por via do artigo 217.º do Código Civil.

⁴⁸ Cfr., ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *op. cit.*, p. 204.

2. Caraterísticas da garantia bancária autónoma

2.1. Caraterística fundamental

Já referimos que, a garantia bancária autónoma mais procurada pelos comerciantes é aquela que contém a cláusula à primeira solicitação (a chamada, garantia automática). Mas isso não significa que, automaticidade é a caraterística essencial da garantia. Na verdade, a caraterística essencial da garantia, aquela que a coloca na posição mais prestigiada em relação às demais garantias pessoais e que explica a sua enorme popularidade e aceitação é, a autonomia da obrigação do garante quanto à relação principal (contrato-base) e quanto à relação do mandato (estabelecida entre o ordenante e o garante), conforme afirmámos *supra*. Isso significa que, da mesma forma que o banco não pode invocar contra o credor as exceções fundadas no contrato base, também está impossibilitado de invocar as exceções relativas ao contrato de mandato sem representação como meio de obstar ao pagamento da quantia estipulada, por exemplo, a não prestação das contragarantias exigidas pelo banco, o não pagamento da retribuição devida ao garante ou a insolvência do ordenante⁴⁹.

Não há dúvida, de que a caraterização desta garantia como “autónoma” tem por base uma comparação com outra garantia pessoal, sobretudo a fiança, a qual se identifica pela acessoriedade da obrigação do fiador em relação à do devedor principal (art. 627.º C.Civ.).

O elemento importante para aferir o carácter autónomo da garantia é a interpretação da carta da garantia. Em caso da dúvida quanto ao sentido da garantia, a qualificação como garantia acessória prevalece sobre garantia autónoma se estiver em causa um negócio gratuito (sem contrapartida do beneficiário), uma vez que é menos gravoso para o disponente (art.º 237.º C.Civ.). Mas caso se trate de contrato de adesão com cláusulas predispostas pelo banco garante, prevalece a garantia autónoma, porque regime desta é mais favorável para o beneficiário-aderente (art. 11, nº 2, do Decreto-Lei nº 446 /85, de 25 de outubro)⁵⁰, já em São Tomé e

⁴⁹ Cfr., JARDIM, Mónica, *op. cit.*, p. 147.

⁵⁰ Cfr., ALMEIDA, Carlos Ferreira, *op. cit.*, pp. 207-208.

Príncipe não existe esse tipo de regra, pois torna mais complicado qualificar a natureza da garantia quando estivermos perante uma situação de dúvida.

Já foi defendido na doutrina que, o carácter autónomo da referida garantia bancária não é absoluto, isto é, existe “*alguma margem de acessoriedade*” na garantia bancária autónoma⁵¹. Na nossa opinião, este entendimento liga a autonomia da garantia ao contrato-base e permite-nos chegar, facilmente, a seguinte conclusão: se o contrato autónomo de garantia existe para assegurar uma possível frustração do beneficiário⁵², ou seja, celebrado o contrato de garantia bancária autónoma, o banco garante vincula-se, ao pagamento de uma quantia pecuniária ao credor da obrigação garantida na eventualidade de, por qualquer motivo, o devedor não cumprir as obrigações a que estava adstrito pela celebração do contrato-base, significa dizer que, uma vez satisfeito o interesse do credor do contrato-base, mediante o correto e pontual cumprimento, por parte do devedor, das obrigações a que se vinculou através da celebração do referido contrato, extingue-se a obrigação do garante face ao credor/beneficiário da garantia.

Devemos fazer um reparo quanto a esta questão, pois não podemos ligar a autonomia da garantia ao contrato-base uma vez que a referência ao contrato base é um requisito decisivo nas garantias acessórias, como é o caso da fiança. Apesar do negócio da garantia bancária autónoma ter por base uma função económico-social de garantir, a verdade é que a autonomia da garantia se caracteriza pelo regime das exceções e não do contrato-base⁵³. Segundo o artigo 651.º do Código Civil, «a extinção da obrigação principal determina a extinção da fiança», já isso não acontece com a garantia bancária autónoma, dado ao facto do seu requisito material incidir no regime da exceções⁵⁴.

⁵¹ BASTOS, Miguel Brito, “A recusa lícita da prestação pelo garante na garantia autónoma “on first demand”, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, Volume III, Coimbra Editora, 2010, p. 527.

⁵² Cfr., ALMEIDA, Carlos Ferreira de, op. cit., p. 205.

⁵³ Veja nesse sentido, ALMEIDA, Carlos Ferreira, op. cit., p. 208.

⁵⁴ Segundo o regime da exceções, em regra, não pode o garante invocar as exceções provenientes das relações estabelecidas no contrato-base entre o ordenador e o beneficiário como forma de recusar a sua obrigação de garantia.

2.2. Caraterística eventual

A automaticidade, como já dissemos, não é a caraterística essencial da garantia bancária autónoma, é sim, a caraterística eventual desta garantia. Como observa na doutrina, todas as garantias bancárias *stricto sensu* são garantias autónomas, mas somente as que incluam cláusula de pagamento à primeira solicitação são garantias automáticas⁵⁵.

É através da inclusão dessa cláusula de pagamento “à primeira solicitação” no contrato de garantia autónoma que se consegue obter a automaticidade da garantia. Quando isto acontece, o garante fica vinculado a proceder de imediato ao pagamento da soma objeto da garantia sem necessidade de prova, por parte do beneficiário da garantia, dos pressupostos do seu direito ao cumprimento da obrigação do garante precisamente o oposto daquilo que sucede no caso de estarmos perante uma garantia bancária simples⁵⁶.

II- Da cessão da garantia bancária autónoma

Considerando que a garantia bancária autónoma consubstancia uma relação contratual própria estabelecida entre os respetivos garante e beneficiário⁵⁷, não há razão para privarmos a sua transmissão por parte deste último a um terceiro. Até porque considera *Sciarrone Alibrandi* ser esta, uma prática frequente no comércio internacional usada pelo beneficiário da garantia para obter a liquidez⁵⁸. Essa transmissão constitui, efetivamente, um aspeto da maior relevância prática para o cessionário de um determinado crédito. E por tratar de uma matéria ligada a cessão de crédito, faz mais sentido, em ordem da sistematização, analisar em conjunto com a cessão de créditos. Até porque, a doutrina tradicional acredita que a transmissão das garantias e outros acessórios do crédito é uma parte constitutiva e essencial da cessão de créditos⁵⁹.

⁵⁵ CAMELO, António Sampaio, *op. cit.*, p. 98.

⁵⁶ É claro que estamos a referir, a garantia bancária autónoma «à primeira solicitação» sem justificação documental.

⁵⁷ Vide *supra*, cap. II, nº 1.

⁵⁸ JARDIM, Mónica, *op. cit.*, p. 123.

⁵⁹ Vide, nesse sentido, BALDINI, Marta, *Trasmissibilità del mutuo, circolazione del credito e surrogazione*, Tesi di Dottorato, Esame finale anno 2013, pp. 117 – 118, disponível in http://amsdottorato.cib.unibo.it/5548/1/baldini_marta_tesi.pdf, visto em janeiro de 2014.

Capítulo I

Cessão de créditos e das garantias

1. Cessão de créditos

1.1. Noção e admissibilidade

Antes de mais, começarmos por lembrar que o crédito⁶⁰ apenas se configurou como elemento ativo do património do credor, suscetível de transmissão, após ter percorrido uma larga evolução jurídica combinado com as exigências da vida económica e do tráfico mercantil⁶¹. O atual Código Civil Português prevê a sua transmissão mediante institutos de cessão (arts. 577.º a 588.º) ou sub-rogação (arts. 589.º a 594.º).

O art. 577.º, nº 1, do Código Civil estabelece que «o credor pode ceder a terceiro uma parte ou a totalidade do crédito, independentemente do consentimento do devedor, contando que a cessão não seja interdita por determinação da lei ou convenção das partes e o crédito não esteja, pela própria natureza da prestação, ligado à pessoa do credor».

Da leitura da lei, parece-nos possível, inicialmente, tirar duas ilações: primeira, o legislador não se preocupa em definir a cessão de créditos como tem feito com os outros preceitos legais inseridos na parte especial do livro das obrigações. A preocupação do legislador

⁶⁰ O crédito representa um dos fatores mais relevantes do desenvolvimento socioeconómico de uma nação. O seu emprego potencializa a utilização do capital e de riquezas e o seu custo determina a quantidade de investimento na produção, a capacidade de geração de empregos e a medida do consumo de bens das mais variadas naturezas. O crédito funciona, assim, como importantíssimo instrumento de acesso aos bens materiais que, em uma palavra, possibilitam à pessoa satisfazer necessidades existenciais (como moradia, educação e saúde), em face da insuficiência do Estado, e desfrutar de uma vida digna (Vide, GEORGES RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, pp. 132-134).

⁶¹ A cessão de crédito é um instituto relativamente moderno, estranho aos romanos, para os quais a rigorosa personalidade do vínculo obrigacional não permitia a transmissão dos direitos creditórios por ato entre vivos. Vide, entre outros autores, COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 10ª Edição Reelaborada, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 811 e 812.

parece centrar-se na admissibilidade da cessão na ordem jurídica portuguesa, e a expressão utilizada para o efeito é, simplesmente, “*o credor pode ceder*”⁶².

Em segundo lugar, o legislador parece utilizar a expressão legal “*cessão*” para designar, exclusivamente, a transmissão do crédito através de acordo celebrado entre cedente e cessionário. Por isso que, quando a lei se refere aos outros factos potencialmente geradores de eficácia idêntica, refere-se “*a transferência legal ou judicial de créditos*” (art. 588º *in fine*) e já não a “*cessão*”⁶³.

A cessão de créditos pode ser definida, de acordo com entendimento de Antunes Varela, como «contrato pelo qual o credor transmite a terceiro, independentemente do consentimento do devedor, a totalidade ou uma parte do seu crédito»⁶⁴. É neste sentido que Almeida Costa diz, «consiste esta figura na substituição do credor originário por outra pessoa, mantendo-se inalterados os restantes elementos da relação obrigacional». Diz ainda Almeida Costa, que nesta figura «não se produz a substituição da obrigação antiga por uma nova, mas uma simples modificação subjetiva que consiste na transferência daquela pelo lado ativo»⁶⁵. A mesma posição é adotada na jurisprudência portuguesa. A título de exemplo afirma o Acórdão da Relação de Lisboa de 24.4.9 que, estamos perante a figura da cessão de crédito «quando, mediante negócio jurídico, o credor (cedente) transfere para terceiro (cessionário), independentemente do consentimento do devedor, uma parte ou a totalidade do seu direito, substituindo-se, assim, o credor originário por outra pessoa e mantendo-se inalterados os demais elementos da relação obrigacional»⁶⁶.

⁶² Cfr., CRISTAS, Maria de Assunção Oliveira, *Transmissão Contratual do Direito de Crédito. Do carácter real do direito de crédito*, Dissertação para Doutoramento em Direito Privado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Março de 2004, p. 40.

⁶³ Estamos a falar de cessão enquanto ato negocial e não como efeito produzido por este ato (outro sentido usado pela lei quando se refere o termo “cessão”, conforme se vê art. 582.º/1). Cfr., CRISTAS, Maria de Assunção Oliveira, “Transmissão...”, *op. cit.*, pp. 40 - 41.

⁶⁴ VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Volume II, 7ª edição, Coimbra, 1997, p. 295.

⁶⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das obrigações*, cit., p. 813.

⁶⁶ Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa de 24 de março de 2008, processo nº 2360, disponível in <http://www.dgsi.pt/jtrl>, Consultado em novembro de 2013.

Desta breve noção podemos encontrar três sujeitos: o cedente (o credor que transmite o crédito), o cessionário (o terceiro para quem o crédito é transmitido) e finalmente o devedor (o devedor cedido).

O que importa frisar neste âmbito subjetivo é a desnecessidade de obtenção do consentimento do devedor para que a cessão de créditos produza os seus efeitos. O devedor cedido não participa da negociação de transmissão do crédito, é considerado “terceiro”⁶⁷, nesta relação negocial, todavia, a sua ciência da realização do negócio é imprescindível, até por que, tem que saber a quem pagar, ou melhor, adimplir a obrigação devida⁶⁸. Este é um aspeto mais significativo do regime da cessão de créditos, como afirma José Costa Pinto no seu artigo “A (Eventual) Transmissão Automática da Garantia Bancária em caso de Cessão do Crédito Garantido”⁶⁹.

1.2. Espécies

A primeira parte do art. 577.º, nº 1, do Código Civil consagra expressamente duas modalidades da cessão de créditos, a *cessão parcial* e *cessão total*. A cessão é parcial quando o cedente cede apenas parte do seu crédito ao cessionário, ou quando cede, em várias partes, seu crédito a diversos cessionários⁷⁰. A cessão é total quando o cedente cede a totalidade do seu crédito ao cessionário.

Quanto a vontade criadora da cessão, já referimos que a lei fala apenas da cessão convencional. Diz-se que a cessão é convencional quando resulta de um acordo livremente celebrado entre cedente e cessionário, podendo ocorrer a título oneroso ou gratuita. A cessão onerosa equipara-se à compra e venda, com diferença em que esta última tem por objeto a

⁶⁷ Cfr., COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das obrigações*, op. cit., p. 818.

⁶⁸ Este é o que nos oferece o artigo 583.º/1 do Código Civil.

⁶⁹ Cfr., PINTO, José Costa, op. cit., p. 39.

⁷⁰ Cfr., VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, op. cit., p. 254.

transmissão de uma coisa e a cessão de créditos tem por objeto créditos. Enquanto a cessão a título gratuito equipara-se a doação⁷¹.

Contudo, a doutrina considera como espécie da cessão de créditos a cessão legal ou a cessão judicial, conforme a cessão resultar da lei ou da decisão judicial⁷².

De acordo com a forma como se responsabiliza o cedente, a cessão pode ser “pro soluto” ou “pro solvendo”; na pro soluto o cedente responde pela existência e legalidade do crédito, mas não responde pela solvência do devedor (ex: A cede um crédito a B e precisa garantir que esta dívida existe, não é ilícita, mas não garante que o devedor/cedido C vai pagar a dívida, trata-se de um risco que B assume). Na cessão pro solvendo o cedente responde também pela solvência do devedor, então se C não pagar a dívida (ex: o cheque não tinha fundos), o cessionário poderá executar o cedente. Mas primeiro deve o cessionário cobrar do cedido para depois cobrar do cedente. Mas nesse ultimo caso tem que estar expressamente previsto no contrato conforme estabelece art. 587.º, nº 2, do Código Civil.

1.3. Requisitos

Um dos requisitos desta forma de transmissão de obrigações, no qual Menezes Leitão considera ser o primeiro requisito da cessão é, a existência de um negócio jurídico a estabelecer a transmissão da totalidade ou de parte de um crédito, acrescentando que pode esse negócio consistir numa compra e venda (art. 874.º), numa doação (art. 940.º), numa sociedade [art. 984.º, c)], num contrato de *factoring*, numa dação em cumprimento (art. 837.º) ou *pro solvendo* (art. 840.º/2) ou num ato de constituição de garantia⁷³.

Quando o autor refere a existência de um negócio jurídico a estabelecer a transmissão da totalidade ou parte de um crédito, como primeiro requisito da cessão de crédito está a referir-se a um negócio jurídico validamente celebrado, isto é, negócio que respeitou os requisitos básicos

⁷¹ Cfr., neste sentido, VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, *op. cit.*, p. 255.

⁷² CRISTAS, Maria de Assunção, “Transmissão...”, *op. cit.*, p. 40, nota 66.

⁷³ LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes, *Direito das Obrigações*, II (Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito), 7ª edição, 2010, p. 17.

para sua celebração, regulados na Parte Geral do Código Civil. Quer dizer que, se a cessão se realizar, por exemplo, por meio de doação, como escreve Antunes Varela, terá de subordinar-se às regras de capacidade, de disponibilidade absoluta e relativa, de forma e de perfeição do negócio (cfr. entre outros, os arts. 940.º e segs.), própria do contrato de doação, e ainda às normas válidas para o comum dos negócios jurídicos (arts. 217.º e segs.)⁷⁴. O não cumprimento dessas regras implica a invalidade da doação e que por sua vez repercute na cessão, dada a relevância do princípio da causalidade⁷⁵.

Os restantes requisitos são aqueles que podemos facilmente retirar na última parte do art. 577.º/1: a inexistência de impedimentos legais ou contratuais a esta transmissão e a não ligação do crédito à pessoa do credor como decorrência da própria natureza da prestação. Estes requisitos levam-nos a concluir que, não basta um mero negócio jurídico para que, efetivamente, se ocorra a cessão de créditos, se faz mister, análise sistemática que permita de forma legal a realização do pacto, como por exemplo, uma simples análise contratual, que pode conter cláusula que proíba a transmissão do referido crédito, o que por si só, impossibilita a conclusão deste negócio jurídico.

1.4. Natureza jurídica

Tem-se debatido na doutrina a natureza causal ou abstrata da cessão de crédito. Os exemplos de países europeus mais referidos nesta polémica pelos autores portugueses são, a França, Espanha, Itália e a Alemanha. É extremamente importante essa referência ao direito estrangeiro porque nos proporciona, de facto, elementos relevantes para melhor compreendermos a posição do direito português e santomense.

⁷⁴ VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em Geral*, op. cit., p. 262. Nesse sentido, com fundamento diverso, DIEZ-PICAZO, Luiz y ANTÓNIO GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, Volume II, Editorial Tecnos, Madrid, 1978, p. 197, fala da necessidade da validade do negócio que funda a cessão de crédito.

⁷⁵ Cfr., nesse sentido, NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, 15ª edição revista e atualizada, Coimbra Editora, 2006, p. 617.

Começando pelo direito francês, a doutrina dominante considera a cessão como uma compra e venda especial. É compreensível esse entendimento até porque, o instituto da cessão está inserido no capítulo de compra e venda do código civil francês. Contudo, *Jerôme Huet* chama a atenção para o facto de não existir apenas uma certa especificidade da cessão de créditos em relação a compra e venda. Na verdade, a cessão obedece a regras verdadeiramente originais que a afastam da compra e venda, como sendo o facto de poder ser operada não só a título oneroso como a título gratuito⁷⁶.

No direito espanhol, apesar da cessão de créditos ter o enquadramento legal na matéria de compra e venda⁷⁷, a verdade é que este instituto é tratado por muitos, não como um negócio jurídico, mas sim, como um efeito produzido por um negócio jurídico que tem por base a cessão, podendo ser uma compra e venda, uma doação, ou outro tipo contratual capaz de transmitir o direito de crédito. Isto é, não se trata de um tipo contratual em se mesmo suficiente para produzir uma troca do crédito por dinheiro ou outro bem, ou a de operar a liberação de uma dívida ou a de simplesmente favorecer outrem, trata-se apenas de um efeito contratualmente produzido. Dentre muitos autores espanhóis que defenderam essa posição, ver por exemplo, os apontamentos de *Díez-Picazo e Gulilón*⁷⁸, *Gavídia Sanchez*⁷⁹.

No direito italiano, alguns autores defenderam a cessão de créditos ser tão só o efeito produzido de uma factispécie negocial típica. É exemplo da Bianca que diz “ *la cessione del credito indica una figura di alienazione che prescinde da una specifica causa negoziale e che è punto di riferimento delle norme sui requisiti ed effetti dell’alienazione del credito*”⁸⁰. Mas outros autores⁸¹, preocupados em desfazer a íntima ligação entre a compra e venda, sustentaram firmemente, ser a cessão de créditos, um negócio de causa variável. Importa separar nesta última

⁷⁶ Cit., CRISTAS, Maria de Assunção Oliveira, “Dupla venda de um direito de crédito”, in o Direito, ano 132.º, 2000 I-II, p. 202.

⁷⁷ A introdução da cessão de crédito no capítulo de compra e venda deve-se a influência do Código Civil Francês. Trata-se de uma introdução, sistematicamente defeituosa péssima (vide, ESPÍN CÁNOVAS, Diego, Manual de Derecho Civil Español, volume III, Obligaciones y contratos, 4ª ed., Madrid, 1975, p. 230).

⁷⁸ Cfr., DIEZ-PICAZO, Luiz y GULLON, António, *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., p. 196.

⁷⁹ Cfr., GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente, *La cesión de créditos*, Valencia, 1993, pp. 171 a 176.

⁸⁰ BIANCA, C. Massimo, *La Vendita e la Permuta*, 2ª ed., 1993, cit., p. 207.

⁸¹ Como é o caso de Panuccio, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, 1955, pp. 20 e segs (apud) CRISTAS, Maria de Assunção Oliveira, *Transmissão contratual...*, op. cit., p. 45.

tese, duas posições, que de formas diferentes, veem na cessão de créditos um negócio de causa variável com um esquema incompleto.

A primeira entende que a cessão de créditos contém uma causa genérica constante – que é a transmissão do crédito – e uma causa específica variável que vai integrando, caso a caso, a causa constante. Na prática, este entendimento leva a que, na falta de regulação da lei na parte da cessão de créditos, se possa colmatar a lacuna recorrendo à disciplina normativa do tipo contratual que integra, naquele caso concreto, a disciplina da cessão de créditos. Aplica-se primeiro o regime da cessão de créditos, e em tudo o que não estiver aí contemplado, recorre-se à regulação do tipo-causa da cessão⁸².

A segunda é uma crítica desenvolvida por Mancin⁸³ em relação a tese da causa genérica incompleta *supra* referida e é sustentada, justamente, por advogar que, em última análise, a causa concreta não completa, mas absorve, o esquema da cessão, pelo que, em consequência, lhe nega a sua autonomia como tipo. Apesar de defender que a cessão é um esquema incompleto (mas não vazio), um negócio de causa genérica integrado pelas funções económicas e sociais da cessão – venda, doação, pagamento e garantia -, autor sustenta tratar-se de um ato translativo autónomo, de uma factispécie negocial autónoma. Acrescenta o autor que, «a cessão, para além das funções concretas que nela se vão inserir, contem um interesse muito específico e irreduzível, que é o interesse na transmissão do crédito». Concluindo que, «não há um fenómeno de relação entre factispécies negociais autónomas, mas de penetração de uma função específica num esquema que tem uma causa genérica e incompleta. Todavia, o negócio permanece uno, ainda que a função concreta que ele satisfaz seja análoga à de outro factispécie negocial».

Já no Direito alemão, a cessão de créditos é vista como negócio abstrato⁸⁴. Dentre autores alemães que escreveram sobre a natureza da cessão de crédito destacam ensinamentos de Larenz, Hoth, Enneccerus⁸⁵.

⁸² MANCINI, Tommaso, *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, Giuffrè Editore, Milano, 1968, p. 147.

⁸³ Cfr., MANCINI, Tommaso, pp. 144 e segs.

⁸⁴ Negócio abstrato é o negócio jurídico que pode ter por base qualquer causa sendo válido independentemente daquela (cfr., MENDES, Evaristo, *op. cit.* p. 423).

⁸⁵ CRISTAS, Maria de Assunção Oliveira, “Dupla venda...”, *op. cit.*, p. 207.

Quanto ao direito português, podemos afirmar que, dentre os autores que escreveram, direta ou indiretamente sobre a natureza de cessão de crédito, aderiram a doutrina de caráter causal de cessão de créditos. Ora vejamos:

Vaz Serra entende que não é necessário conferir à cessão de créditos o caráter de um pleno negócio abstrato. O autor defende que, entre o cedente e o cessionário (os contraentes), o ato deve-se considerar causal, ligando-se os contraentes às consequências emergentes da causa da cessão. Em relação ao devedor, este não deve poder opor ao cessionário as exceções fundadas na causa da cessão. Do mesmo modo, pagando ao cessionário, não tem de se preocupar com a causa da cessão, não podendo o seu pagamento – e consequente extinção da dívida – ser impugnado com fundamento de que a causa da cessão era nula ou não existia ou não se realizou, visto que a esta causa o devedor é alheio⁸⁶. Parece que o autor defende, não de forma muito clara, a natureza abstrata em relação ao devedor, já que está clara que quanto as partes o autor defende a natureza causal da cessão de créditos.

Para Antunes Varela, a cessão é um negócio causal, na medida em que o seu regime está ortodoxamente ligado à causa que domina a cessão de créditos. E, como essa causa é variável, deve-se considerar a cessão de créditos como um negócio *policausal* ou *polivalente*. No mesmo sentido Almeida Costa refere que a cessão contratual se apresenta como contrato de causa variável, constituindo um esquema negocial genérico suscetível de concretizações diversas (daí o disposto no artigo 578.º, nº 1). Orlando Gomes afirma que “conquanto se proclame a natureza contratual da cessão de crédito, não é, um contrato típico. Falta-lhe causa peculiar”. Continua afirmando que, embora não se possa equiparar a cessão de créditos à compra e venda, enquanto se considere o crédito no seu aspeto económico de valor patrimonial, “a semelhança aperta, não se podendo duvidar de que a cessão de créditos entre na categoria genérica, e, portanto, mais ampla, da alienação”. Menezes Cordeiro fala sugestivamente em “fonte da cessão” para se referir ao “tipo de negócio que lhe serve de base”, o que equivale a dizer, na sua terminologia, que a cessão tem de ser acompanhada de uma fonte idónea, ou seja, uma causa. Em obra mais

⁸⁶ *Idem*, cit., p. 212.

recente, afirma que a cessão de créditos constitui um modo de transmitir obrigações mediante um contrato a que chama “*contrato-base*” ou “*contrato-fonte*”⁸⁷.

1.5. Dos efeitos da cessão de créditos

Quando falamos do efeito da cessão de crédito estamos a falar, como é óbvio, de uma das matérias mais importante em qualquer tipo contratual, pois se procura saber, em que momento o negócio se considera perfeito e, por outro lado, preocupa-se, em concreto, determinar quais são os efeitos produzidos por dito negócio. Não é pacífico na doutrina a questão de saber em que momento a cessão se torne perfeito.

1.5.1. A problemática sobre o momento da perfeição da cessão de créditos

O maior problema referente a matéria do efeito da cessão de créditos prende-se com a questão de saber, em que momento a cessão se torna eficaz. Tudo pelo facto de vigorar neste negócio o princípio da liberdade de forma (art. 219.º do C.Civ.), o que leva a doutrina a questionar se a *notificação* da cessão ao devedor constitui ou não *requisito* de perfeição do contrato.

Se analisarmos a orientação da doutrina italiana e a portuguesa, por simples facto dos Códigos Civis atuais das ambas serem substancialmente coincidente na matéria, verificamos duas orientações diferentes: a teoria da eficácia translativa *deferida* da cessão e a teoria da eficácia translativa *imediata* da cessão.

A primeira teoria, defendida pelos autores italianos *Mancini* e outros, entende que, a eficácia translativa da cessão só se verifica, quer em relação ao devedor e a terceiros, quer em

⁸⁷ *Idem*, pp. 212 e 213.

relação às próprias partes (cedente e cessionário), a partir do momento em que a cessão é notificada ao devedor ou por ele aceite, ou em que este tem conhecimento dela⁸⁸.

Já a segunda teoria sustenta a eficácia translativa imediata do negócio (independentemente da sua notificação ao devedor), quer em relação ao devedor e a terceiros, quer em relação às próprias partes. Antunes Varela defensor desta teoria explica que «o facto de se considerar oponível ao cessionário o pagamento feito ao cedente pelo devedor que não foi notificado nem teve conhecimento da cessão, não significa forçosamente que seja o cedente quem continua na titularidade do crédito e na plena disponibilidade dele». O autor explica esse regime em virtude da tutela concedida ao pagamento feito por credor aparente⁸⁹. No mesmo sentido explica Menezes Cordeiro que «o contrato produz efeitos imediatos, nos termos gerais, apenas não se manifesta face ao devedor de boa-fé»⁹⁰.

Feita esta análise, concluímos, de imediato, que a doutrina portuguesa, diferente da doutrina mais consolidada em Itália, aceita a aplicabilidade do princípio geral do direito segundo o qual os efeitos se produzem por mero efeito do contrato (art. 408º C.Civ.).

Cabe-nos, agora, verificar quais são os efeitos propriamente dito produzidos por mesma cessão. Vamos abordar esse assunto em duas partes, isto é, primeiramente vamos verificar quais são os efeitos produzidos entre as partes contratantes (cedente e cessionário) e, em segundo lugar, procuramos determinar quais os efeitos produzidos em relação a devedor e “terceiros”⁹¹.

⁸⁸ Cfr., VARELA, João de Matos Antunes, *op. cit.*, p. 270.

⁸⁹ Cfr., VARELA, João de Matos Antunes, *op. cit.*, pp. 270 a 274.

⁹⁰ CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Obrigações*, II, 1980, p. 96

⁹¹ Usamos o termo terceiro para designar tanto o devedor cedido como quaisquer pessoas que não fazem parte do acordo da cessão, mas cujos efeitos os atingem.

1.5.2. Efeitos produzidos

a) Quanto as partes; transmissão de acessórios e dever de entrega de documentos

Entre os efeitos produzidos por esse negócio jurídico, Antunes Varela considera que o principal efeito da cessão é a transmissão do direito à prestação devida. Com o negócio da cessão, o cessionário não adquire apenas o poder formal de exigir a prestação. Ele adquire o direito a prestação, neste aspeto se distinguindo, substancialmente a posição do cessionário da do mandatário ou procurador do credor. É o cessionário que adquire direitos aos danos moratórios, se o devedor incorrer a mora, bem como aos danos por inadimplência, se não houver cumprimento definitivo ⁹².

Ao mesmo tempo que o direito à prestação devida é transferido, também se transmitem, salvo convenção em contrário, as garantias e os outros acessórios do crédito (art. 582.º). Este princípio é extremamente importante no nosso trabalho, pois com base nele, vamos, posteriormente ⁹³, analisar se o mesmo também é aplicável quando a garantia em causa tratar-se de uma garantia bancária autónoma.

Entre as garantias que acompanham o crédito destacam-se a hipoteca (arts. 686.º e segs.), o penhor (arts. 666.º e segs.) e a fiança (arts. 627.º e segs.). Mas também podem transmitir juntamente com o crédito as garantias como privilégios creditórios e direito de retenção. Só que a transmissão desse último pode levantar algumas hesitações, se tivermos que comparar em relação aquelas garantias ⁹⁴.

Para além das garantias, existem outros acessórios que também acompanham o direito transmitido: estipulação de juros, a cláusula penal, o compromisso arbitral (estabelecido para a hipótese de o credor se contestado) e outras convenções que porventura integrem o regime da

⁹² Cfr., VARELA, João de Matos Antunes, *op. cit.*, pp. 277 e 278.

⁹³ *Infra*, n.º 3.

⁹⁴ Veja-se sobre assunto, VARELA, João de Matos Antunes, *op. cit.*, pp. 282 – 283; VASCONCELOS, Luís Miguel D. P. Pestana, *A Cessão de Créditos em Garantia e a Insolvência*, Coimbra Editora, 2007, pp. 485 e segs.

obrigação. Ao mesmo tempo se transmitem, por exemplo, direitos potestativos e correspondentes estados de sujeição, ónus, expetativas, etc⁹⁵.

Devemos sublinhar que, nem todos direitos potestativos se transmitem para o cessionário por via da cessão, existem alguns destes direitos que mantêm na esfera jurídica do cedente. A respeito disso explica Antunes Varela, todos os direitos potestativos que estão ligados ao crédito, porque gravitam em torno dele como um satélite gira em volta do astro principal transferem para o cessionário: por exemplo o direito potestativo de interpelar⁹⁶ o devedor (art. 805/1), de o demandar se ele não cumprir, de executar o seu património se ele não acatar a sentença de condenação (art. 817.º), de escolher a prestação, se esta for alternativa ou genérica e a escolha pertencer ao credor (arts. 542.º e 549), de fixar o prazo razoável a que se refere o art. 868.º, etc. Mas o direito potestativo que transcende a órbita restritiva do crédito cedido não transmite ao cessionário. Por exemplo, não transmite para o cessionário o direito de resolver o contrato donde nasceu o crédito, por falta de cumprimento do devedor ou por alteração anormal das circunstâncias que integram a base negocial (art. 437.º), tal como não se transfere o direito de anulação do mesmo contrato, nem o direito de confirmação dele, nem o direito de requerer o aumento do preço, nos termos dos arts. 887.º e segs., nem o direito de denúncia, nos contratos de prestação duradoura⁹⁷.

Transfere-se, ainda, para o cessionário o *risco* – não em relação à existência do crédito, porque tal está expressamente assegurado (art. 587º), mas em relação à perda do mesmo, no caso de insolvência do devedor cedido – e há desde logo obrigações que têm todo o cabimento, como a da entrega ao cessionário dos documentos e outros meios probatórios do crédito (art. 586º)⁹⁸.

⁹⁵ VARELA, João de Matos Antunes, *op. cit.*, p. 283; nesse sentido, veja também, VASCONCELOS, Luís Miguel D. P. Pestana, *A Cessão de Créditos...*, *op. cit.*, pp. 493 e segs.

⁹⁶ O direito de interpelar só constitui, em bom rigor, como refere Antunes Varela, distinto do direito de crédito (poder de exigir a prestação devida), na medida em que, acessoriamente embora, se trate do poder de constituir em mora o devedor que não cumpre (Cfr., *idem*, *op. cit.*, p. 284, nota 3).

⁹⁷ *Idem*, pp. 284 - 285.

⁹⁸ CRISTAS, Maria de Assunção Oliveira, “Transmissão contratual...”, *op. cit.*, p. 53.

b) Quanto ao devedor: momento da produção de efeitos e meios de defesa oponíveis

O art. 583.º, nº 1 determina que «a cessão produz efeitos em relação ao devedor desde que lhe seja notificada, ainda que extrajudicialmente, ou desde que ele a aceite». Neste âmbito, Almeida Costa escreve que, «depois da notificação ou aceitação, o cessionário será, para todos os efeitos, o único credor». Continua o autor, «no caso da solidariedade passiva, a notificação ou a aceitação terá de verificar-se relativamente a todos os codevedores»⁹⁹. Decorre disto que a notificação também serve de produzir os efeitos aos terceiros.

A ideia desta norma (art. 583.º, nº 1) é de proteger o devedor uma vez que a lei atribui grande facilidade na celebração do negócio da cessão, dispensando, para o efeito, o seu consentimento (v. art. 577.º/1). Mas não podemos com base da referida norma (art. 583.º/1) atribuir a notificação uma função que ela nunca teve no direito português (a constituição de um direito, *in casu*, a constituição do direito de crédito). A propósito disto, escreve Maria de Assunção Oliveira Cristas «a notificação destina-se apenas a dar conhecimento da transmissão do crédito ao devedor, não tem natureza constitutiva. Tal decorre não só da regra geral do nosso direito, mas também do artigo 583.º, nº 2». Prossegue, «em relação ao primeiro cessionário – o verdadeiro titular do crédito –, a notificação tem uma função consolidativa, tendo este o ónus de notificar para obstar a que se produza o facto resolutivo a que está sujeito o seu direito. Em relação ao segundo cessionário – estando de boa-fé, a notificação tem a natureza aquisitiva»¹⁰⁰. Na mesma direção escreve Manuel Januário da Costa Gomes, «a cessão opera em consequência do acordo entre o credor cedente e o cessionário e em função do tipo de negócio que serve de base à cessão»¹⁰¹.

Assim, a cessão produz efeitos para todos com a celebração do contrato e não com a notificação ou aceitação do devedor como defende o *Mancini*.

⁹⁹ Cfr., ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 819.

¹⁰⁰ Cit., CRISTAS, Maria de Assunção Oliveira, “Dupla venda de ...”, *op. cit.*, pp. 248 a 254.

¹⁰¹ GOMES, Manuel Januário da Costa, “Sobre circulabilidade do crédito emergente de garantia bancária autónoma ao primeiro pedido”, *in* Revista da Banca, nº 64, 2007, p. 52.

Outro aspeto importante a referir nesta matéria diz respeito aos meios de defesas oponíveis ao devedor. É importante na medida que nos permite saber, qual é a proteção legal conferida ao devedor, isto é, quais são os meios de defesas que a lei lhe confere para fazer valer os seus direitos.

É certo que a dispensa do consentimento do devedor, conforme referimos¹⁰², constitui um dos aspetos mais significativo do regime da cessão, mas isso não significa que a lei lhe coloca, perante o cessionário, em princípio, numa situação inferior àquela em que se encontrava diante do cedente. Com efeito, diz o art. 585.º do C.Civ., «o devedor pode opor ao cessionário, ainda que este os ignorasse, todos os meios de defesa que lhe seria lícito invocar contra o cedente, com ressalva dos que provenham de facto posterior ao conhecimento da cessão». Almeida Costa considera esta norma como um dos corolários que deriva da própria lei de que a cessão representa uma simples transferência da relação obrigacional pelo lado ativo¹⁰³.

O devedor poderá assim impugnar a existência do crédito ou invocar contra a pretensão do cessionário as mesmas exceções (dilatórias ou perentórias) a que lhe era lícito recorrer contra o cedente. A título de exemplo, o devedor poderá alegar contra o cessionário o pagamento ou qualquer outra causa extintiva do crédito, tal como poderá invocar o erro, o dolo, a coação, a simulação, etc. que afetem a validade do contrato que serve de fonte ao crédito¹⁰⁴.

2. Transmissão das garantias

Conforme já dissemos, com a cessão de créditos o cessionário adquire também, salvo convenção em contrário, as garantias e outros acessórios de crédito (art. 582.º C.Civ.)¹⁰⁵. Nota-

¹⁰² V., *supra*, nº 1.1.

¹⁰³ CRISTAS, Maria de Assunção Oliveira, “Dupla venda...” *op. cit.*, p. 819.

¹⁰⁴ Cfr., VARELA, J. M. Antunes, *op. cit.*, p. 286.

¹⁰⁵ Trata-se de uma regra que prevalece não só em Portugal como também nos ordenamentos mais próximos, como alemão (art. 401.º BGB) e o italiano (art. 1263 do *Codice Civile*). Podemos encontrar a regra oposta na Convenção do Unidroit de Otava sobre o factoring internacional. De acordo com art. 7.º dessa Convenção, a não ser que o contrato preveja, o crédito transfere-se isoladamente, isto é, despidendo de todas as garantias e outros acessórios que o envolviam na titularidade do cedente (Veja nesse sentido, VASCONCELOS, Luís Miguel D. P. Pestana de, *A Cessão de Créditos...*, *op. cit.*, p. 486, nota 943).

se que, a transmissão das garantias¹⁰⁶ e outros acessórios de crédito está intimamente ligado a própria cessão de crédito, isto é, não podem circular (com exceção de aval¹⁰⁷) separada da cessão de crédito principal.

O Código Civil não se refere expressamente às garantias bancárias autónomas, justamente por ser uma garantia atípica. A atipicidade dessas garantias, no ordenamento jurídico português bem como, no ordenamento jurídico santomense pode ser justificada pelo facto de tratar de uma prática recente na praça portuguesa¹⁰⁸ e muito mais recente, ainda, na praça santomense¹⁰⁹.

Mas essa atipicidade não pode comprometer, a qualificação da garantia bancária autónoma, como garantia especial das obrigações. Aliás, é indiscutível que as garantias autónomas têm uma causa, uma finalidade ou função económico-social idêntica à das fianças. Isto é, tal como estas, as garantias bancárias autónomas servem para assegurar a satisfação do(s) crédito(s) emergentes de um contrato (o contrato principal) celebrado entre o ordenante da garantia e o seu beneficiário¹¹⁰.

Na prática do comércio internacional, o beneficiário dessa garantia pode, conforme já dissemos, transmiti-la com fim de obter um financiamento. Por exemplo, o credor beneficiário de uma garantia autónoma pode transmitir a sua posição a um banco, como forma de garantir ao banco que lhe concede um crédito ou lhe oferece liquidez¹¹¹. O problema central que tem

¹⁰⁶ Referimos às garantias previstas na lei.

¹⁰⁷ Aval pode ser transmitido separado do crédito principal, mas isso só é possível através do título de crédito, uma vez que este não opera a não ser em benefício do crédito incorporado no título (LEITÃO, *op. cit.*, p. 327).

¹⁰⁸ Essas garantias, sobretudo, à primeira solicitação, começaram a ser utilizadas, com algum significado, no comércio internacional, só a partir do final dos anos 70, conforme já referimos. E chega ao conhecimento dos operadores bancários e empresariais portugueses só no início dos anos 80 (altura em já se encontrava publicado o atual Código Civil, de 1966).

¹⁰⁹ Conforme já referimos, emissão de crédito bancário conheceu um aumento significativo em STP nos anos 2003 a 2008 devido bom clima de negociação proporcionado pela descoberta do ouro negro. Parece ser nesse clima de negócio que se fala da garantia bancária autónoma em STP, se bem que a sua prestação em STP ainda não é muito significado como ocorre em alguns países de PALOP, sobretudo em Angola.

¹¹⁰ Cfr., nesse sentido, RIBEIRO, António Sequeira, *op. cit.*, 350.

¹¹¹ Vide, JARDIM, Mónica, *op. cit.*, p. 124.

causada calorosas discussões doutrinárias, um pouco, em quase toda Europa é sobre a possibilidade de haver transmissão *ex lege* das garantias bancárias autónomas com crédito garantido.

2.1. Suscitação de alguns problemas

2.1.1. Possibilidade da cessão *ex lege* da garantia bancária autónoma

O debate doutrinal à volta da transmissão automática da garantia bancária autónoma em conjunto com o direito de crédito garantido centra-se na aplicabilidade ou não do princípio segundo o qual «na falta de convenção em contrário, a cessão do crédito importa a transmissão, para o cessionário, das garantias e outros acessórios do direito transmitido, que não sejam inseparáveis da pessoa do cedente», consagrado no art. 582.º, nº 1, do Código Civil português, § 401 do *BGB* e no art. 1263, do *Codice Civile* italiano.

A doutrina, empenhada a encontrar uma solução para o referido problema, dividiu-se em duas posições que, por um lado, encontramos os que defendem a transmissão automática da garantia autónoma em caso de cessão do crédito garantido e, por outro lado, encontramos os que defendem uma posição contrária, isto é, que a cessão da garantia bancária autónoma só se transmite em função de um novo acordo de vontade (cessão *ex contractu*).

2.1.1.1. Posições favoráveis à cessão *ex lege*

Poucas foram as vozes que se levantaram para defesa da possibilidade de cessão automática da garantia bancária autónoma com o crédito garantido conforme regime geral do art. 582.º, nº 1, do Código Civil.

Se começarmos pela doutrina alemã, a posição que se destaca é a de *Canarias*, autor que defende a aplicação analógica do § 401 do *BGB*¹¹² à garantia bancária autónoma. Para este autor a garantia bancária autónoma é tão semelhante à fiança que deve ser equiparada a esta para efeitos de aplicação do § 401 do *BGB*¹¹³.

Na análise deste autor, o legislador ao referir-se à garantia acessória no § 401 do *BGB* pretendia simplesmente tipificar a vontade das partes de proceder a uma cessão de uma garantia acessória conjuntamente com o crédito, e que a mesma vontade deveria ser também suposta no caso da garantia bancária ¹¹⁴.

Devemos, contudo, sublinhar que *Canaris* limita este seu entendimento ao caso das garantias bancárias não automáticas, ou seja, ao caso das garantias bancárias autónomas sem cláusula «à primeira solicitação». Para as garantias bancárias autónomas «à primeira solicitação» *Canaris* defende que é o beneficiário originário quem deve solicitar ao garante o montante ¹¹⁵.

Essa posição minoritária da doutrina alemã também é defendida por alguns autores portugueses, dentre eles destacam Romano Martinez e Menezes Leitão.

Segundo Romano Martinez, uma vez que esteja preenchidas as condições indicadas no artigo 577.º, nº 1, do Código Civil, «o credor beneficiário da garantia pode livremente ceder o crédito garantido a terceiro e, conjuntamente, transmitir ao cessionário a garantia». Afirma ainda o autor que, «desde que das relações estabelecidas entre os três intervenientes (devedor garantido, credor beneficiário e garante) não resulte situação diversa, nada obsta a que a cessão

¹¹² Este artigo do BGB admite, salvo convenção em contrário, a transmissão automática das garantias acessórias no momento da cessão de créditos. Trata-se de um artigo equivalente ao artigo 582.º do Código Civil Português.

¹¹³ Cfr., GOMES, Manuel Januário da Costa, *op. cit.*, p. 57.

¹¹⁴ Cfr., JARDIM, Mónica, *op. cit.*, 129.

¹¹⁵ Ver *infra*, n.º 3.2.

do crédito não seja acompanhada da transmissão da garantia, como resulta do disposto no artigo 582.º, nº 1, do Código Civil»¹¹⁶.

Quanto a Menezes Leitão, em seguimento a *Canaris e Handing / Häuser / Walter*, defende que «a garantia autónoma é garantia como outra qualquer, pelo que constituiria um formalismo exigir um segundo ato para se obter a sua transmissão»¹¹⁷. Essa posição também foi defendida na jurisprudência portuguesa, como é o caso do Acórdão da Relação de Lisboa de 11/12/2002 que, depois de contextualizar o caso em julgamento conclui nestes termos: «com a cessão de créditos uma garantia autónoma transmite-se automaticamente por força da lei, nos termos do art.º 582.º, nº 1, do Código Civil, sem necessidade da notificação prevista no art.º 583 do mesmo diploma»¹¹⁸.

2.1.1.2. Posições desfavoráveis à cessão *ex lege*

A questão de saber se a garantia bancária autónoma transmite automaticamente em caso de cessão do crédito garantido foi, objeto de estudo na Alemanha no decurso dos anos 60 por parte do *Boetius*. O autor já defendia nessa época que a garantia bancária autónoma não podia ser considerada um direito de crédito relacionado com o crédito para efeitos do § 401 do *BGB*, pelo que não se deveria considerar transmitida automaticamente com a cessão do crédito garantido. Tendo em conta a ideia de que a garantia bancária autónoma está ligada ao interesse do credor, diferentemente da fiança, que se centra predominantemente na esfera do devedor, *Boetius* concluiu que a transmissão da mesma não deixa de ter consequências para o garante pelo que implicaria sempre a celebração de um negócio de cessão autónomo, nos termos do § 398 *BGB*¹¹⁹.

¹¹⁶ Cit., MARTNEZ, Pedro Romano e PONTE, P. Fuzeta, *Garantias de Cumprimento*, 5ª edição, Coimbra, 2006, p. 142.

¹¹⁷ Cfr., LEITÃO, L. Menezes, *op. cit.*, p. 328.

¹¹⁸ Acórdão de Relação de Lisboa de 11 de dezembro de 2002, in CJ, 2002, Ano XXVII, Tomo V, p. 100.

¹¹⁹ Cfr., GOMES, Manuel Januário da Costa, *op. cit.*, p. 56.

Na mesma linha do *Boetius*, consideram autores alemães como *Bülow*, *Larenz*, *Reinicke/Tiedtke*, *Habersack*, entre outros, que a aplicação do § 401 do *BGB* só é aplicável em relação a cessão da garantia bancária autónoma se houver outro contrato de cessão¹²⁰.

Efetivamente, a maioria da doutrina alemã rejeita a possibilidade da cessão automática da garantia bancária com o crédito garantido. Como assinala Menezes Leitão, estes autores assentam a sua posição no argumento de que «a transmissão legal das garantias só se verifica em relação às garantias acessórias, não abrangendo assim garantias autónomas, cuja transmissão tem que ser expressamente convencionada», uma vez que «a garantia autónoma não se destina a assegurar um crédito principal cuja transmissão pudesse acompanhar, mas antes estabelece um dever de prestar que corresponde ele mesmo a um crédito principal, cuja cessão tem que ser expressamente convencionada ou ratificada pelo garante, já que ele tinha em consideração a pessoa do credor, quando se vincula perante este»¹²¹.

Este assunto também foi analisado no direito austríaco. A posição que se destaca é do *Koziol*. Este autor pronunciou no sentido da rejeição da cessão automática da garantia bancária autónoma em caso de cessão de crédito garantido, uma vez que a garantia em causa não é um acessório e não podendo constituir um “*Nebenrecht*”¹²².

Em relação ao direito suíço, destaca a posição de *Dohm*, para o qual a cessão do crédito emergente da relação principal não determina a *cessio legis* do crédito resultante da garantia bancária de pagamento, uma vez que “o contrato de garantia constitui uma relação contratual distinta e independente da relação contratual de base (...) e não um direito de preferência ou um direito acessório segundo o artigo 170, al. 1 CO”. Em consequência, ainda para *Dohm*, tal cessão deverá “*faire l'objet d'une cession de créance expresse et séparée*”, o significa dizer que a cessão deve ser isolada, por meio de um acordo expresse¹²³.

Ainda no direito suíço, é conhecida a posição de *Kleiner*. Para este autor, a justificação da não cessão automática do crédito de garantia, acompanhando o crédito que esta garante,

¹²⁰ Cfr., *idem*.

¹²¹ Cfr., LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes, *op. cit.*, p. 327.

¹²² Cfr., GOMES, Manuel Januário da Costa, *op. cit.*, p. 57.

¹²³ *Ibidem*.

apresenta-se simples: diversamente do que acontece com a fiança, que corporiza um “Nebenrecht”, para efeitos do artigo 170 do OR, a *Garantie* não garante um crédito principal mas uma prestação, que, de qualquer modo, é objeto, ela própria, de um “crédito principal”¹²⁴.

Quanto a doutrina italiana, destaca o ensinamento de *Portale, Bonelli e Alibrandi*. Segundo *Portale*, não se pode aplicar, nem por via de analogia, o artigo 1263 do *code* – de acordo com o qual, com a cessão do crédito, se transferem automaticamente as garantias pessoais do crédito – uma vez que “a mudança de credor pode comportar um agravamento dos riscos assumidos pelo garante”, situação que é ainda agravada pelo facto de, pela natureza do seu próprio vínculo, o garante não poder opor ao novo credor (cessionário) os meios de defesa relativos à relação principal.¹²⁵

No mesmo sentido, considera *Bonelli* que é a autonomia da relação de garantia face à relação principal que dita a não cessão automática da garantia bancária autónoma, quando o crédito principal é transmitido. Segundo este autor, o argumento invocado por *Portale*, do agravamento do risco da parte do garante não conta, já que “*rimane pur sempre il rischio di dover pagare la garanzia*”, isto é, que o risco de pagar a garantia é sempre do garante¹²⁶. Este argumento de *Bonelli* também serve para *Alibrandi* quando, na justificação da sua tese da impossibilidade de aplicação analógica do artigo 1263 do *code*, diz que a capacidade patrimonial do beneficiário de uma garantia bancária assume especial relevância para a entidade bancária na medida em que é relevante para que esta se possa ressarcir na circunstância de se verificar uma solicitação injustificada de pagamento da quantia garantida, causando-lhe efetivamente o agravamento dos riscos assumidos pelo garante¹²⁷.

Importa dizer que na Itália, o tribunal Brescia decidiu em 2001/03/05 no sentido de que, a garantia bancária autónoma não pode ser considerada um “acessório” de crédito, como as outras garantias previstas pelo art. 1263 *Codice Civile*. Segundo o tribunal, a garantia só pode

¹²⁴ Cfr., *idem*, p. 58.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ Cfr., *ibidem*.

¹²⁷ Cfr., JARDIM, Mónica, *op. cit.*, p. 130.

ser transmitida se, pelo menos, o garante consentir, ou mesmo, se estiver aposta no contrato de garantia uma cláusula nesse sentido¹²⁸.

Já na doutrina portuguesa, ao contrário do que defendem Menezes Leitão e Romano Martinez, muitos autores consideram inaplicável o art. 582.º/1 do C.Civ., quando se trata da transmissão da garantia bancária autónoma.

É o exemplo de Manuel Januário da Costa Gomes que defende que «as posições favoráveis a uma cessão automática do crédito de garantia autónoma desconsideram de forma desconcertante a diferença ou a especificidade dessas garantias, que assenta no pilar da autonomia relativamente à relação subjacente», acrescentando que, «independentemente da simpatia que possa merecer a posição contrária, não podemos ser incoerentes, defendendo, à partida, a autonomia da garantia autónoma face à fiança (garantia bancária por excelência) e esquecendo a mesma autonomia quando surgem situações de circulação». Segundo este autor, se o crédito de garantia acompanhasse automaticamente, sem necessidade de um acordo específico nesse sentido, isso significaria que o crédito de garantia autónoma não seria autónomo. Este autor justifica ainda a sua posição com um argumento de natureza literal, referindo a esse respeito que «a própria letra do artigo 582.º, nº 1 do C.Civ., aponta no sentido da conclusão exposta, quando alude a *garantias e outros acessórios do crédito* tudo apontando no sentido de que as situações jurídicas que acompanham o crédito cedido são as que lhe são acessórias ou, indo um pouco mais longe – mas não a ponto de abranger as garantias autónomas – as que estão *ligadas ao crédito* em termos de regime».¹²⁹

Ainda no sentido da negação *ex lege* da garantia bancária autónoma com crédito garantido, Mónica Jardim sustenta que, a falta de prestação de consentimento por parte do garante conduz à extinção da própria garantia bancária, pois, nas suas palavras, «sendo indispensável para a cessão do direito de garantia o acordo do garante, caso seja cedido o crédito garantido, não dando o garante consentimento para a transferência do direito de garantia, este

¹²⁸ Disponível in <http://iurisconfidi.smefin.org/blog/>, consultado em Janeiro de 2014.

¹²⁹ Cfr., GOMES, Manuel Januário da Costa, *op. cit.*, pp. 59 - 60. No sentido da distinção entre garantia ligado a crédito e garantia desligado a crédito, veja a explicação do mesmo autor em seguimento de Bcker- Eberhard, *Assunção Fidejussória de Dívida*, Almedina, 2000, pp. 106-107.

extingue-se»¹³⁰. A autora liga a transmissão do direito da garantia com cessão do direito de crédito garantido, negando a circulação daquele caso direito de crédito garantido não for cedido, pois, entende que, para além de acautelar os interesses do garante e do dador de ordem e, assim, o equilíbrio de interesses *ab initio* acordado pelas partes, é a única posição compatível com a causa do contrato de garantia¹³¹

Não há, até então, doutrina ou jurisprudência santomense que reflete sobre a problemática em apreço. Mas, não deixamos de referir o debate ocorrido em São Tomé e Príncipe entre 7 e 8 de abril de 2009. Trata-se de um debate ligado à melhoria do ambiente de negócios através da eventual adesão de São Tomé e Príncipe à OHADA. Dentre outros assuntos, as garantias autónomas foram alvo de reflexão¹³².

Como se sabe, a posição da OHADA sobre problemática da transmissão automática da garantia autónoma conjuntamente com o crédito garantido está expresso no art. 31º do AUG da OHADA. De acordo com este artigo, o direito à garantia não é transmissível, isto é, não pode ser cedido pelo beneficiário da garantia a um terceiro. Esta impossibilidade assenta na caracterização da relação de garantia como *intuitus personae*, razão pela qual o seu beneficiário não possa pretender transmitir a terceiro a sua posição sem o acordo da outra parte (garante)¹³³.

2.1.1.3. Os reflexos da doutrina desfavorável à cessão *ex lege*

Para aqueles que defendem a automaticidade da garantia bancária autónoma no caso da cessão de crédito garantido, não há muito que referir, pois eles consideram a garantia bancária autónoma como qualquer outra garantia, circulável *ex lege*, entre nós, nos termos do artigo 582.º, nº 1, do Código Civil.

¹³⁰ Cfr., JARDIM, Mónica, *op. cit.*, p. 134.

¹³¹ Cfr., JARDIM, Mónica, *op. cit.*, p. 146.

¹³² Disponível in <http://www.fd.ul.pt/>, visto em janeiro de 2014.

¹³³ Cfr., MADALENO, Cláudia Alexandra dos Santos, *As Garantias das Obrigações nos Direitos Guineense e da OHADA*, Almedina, 2009, p. 490.

Mas quando se considera indispensável uma manifestação de consenso para que a cessão do direito de garantia se ocorra, como defende a doutrina maioritária, a situação assume outros contornos, pois, a doutrina especula no sentido de saber qual será o sujeito que deve consentir (o ordenante, ou o garante). Por outro lado, na decorrência da necessidade desse acordo, a doutrina continua a especular, interrogando no sentido de saber, qual será a sorte da garantia, caso seja cedido o crédito garantido sem que se verifiquem os pressupostos necessários à transferência do direito de garantia¹³⁴.

Em relação a primeira questão, numa análise da doutrina internacional como sempre socorremos, existem autores que consideram necessário o consentimento de ambos. Esses autores justificam essa tese partindo da ideia de que, o ordenante, ainda que não seja parte do contrato de garantia, o risco de consequências prejudiciais derivadas da cessão é por ele suportado em maior medida do que pelo garante¹³⁵.

Ao contrário, são os que consideram necessário e suficiente o consentimento do garante, pois, embora este só suporte os prejuízos derivados da cessão em casos marginais, só ele é parte do contrato de garantia. Para estes autores, caso o garante/mandatário consinta na cessão da garantia sem ter obtido o acordo do ordenante/mandante e em violação dos interesses deste último, poderá depois, no momento em que pretender recuperar o montante por si desembolsado, vir a confrontar-se com a oposição do ordenante que pode excepcionar o inexato cumprimento do mandato¹³⁶.

Na perspectiva da doutrina portuguesa a polémica torna-se mais curiosa com a posição de Manuel Januário da Costa Gomes que, numa análise *a priori*, considera que não é necessário o acordo do devedor (garante) e menos ainda de um terceiro (o dador de ordem). Segundo o autor, a solução para esta questão passa pela identificação do regime aplicável no âmbito do problema da cessão isolada do crédito de garantia, uma vez que, por virtude da cessão do crédito de garantia, se reúnem (de novo) o crédito de garantia e o garantido, o transmissário tem meios para

¹³⁴ Nesse sentido, veja, MÓNICA JARDIM, *op. cit.*, pp. 132 e segs; GOMES, Manuel Januário da Costa, *op. cit.*, p. 62.

¹³⁵ Cfr., GOMES, Fátima, *op. cit.*, 184; GOMES, Manuel Januário da Costa, *ibidem*.

¹³⁶ Cfr., GOMES, Manuel Januário da Costa, *op. cit.*, pp. 131- 132; GOMES, Fátima, *ibidem*.

poder invocar fundadamente o *Garantiefall* e para acionar a garantia, não fazendo, assim, sentido a exigência de consentimento do garante¹³⁷.

Já na perspectiva de Mónica Jardim que, preocupada com a análise dos argumentos apresentados pelos autores acima referidos (os que defendem a necessidade do consentimento do ordenante e do garante e que defendem apenas a necessidade do consentimento do garante), preferiu adotar a segunda posição, pois nas suas palavras, é a que se concilia com a autonomia do contrato de garantia face ao contrato base e face ao contrato de mandato. No caso da tutela dos interesses do ordenante, a autora entende que os mesmos devem ser acautelados no âmbito do contrato de que ele seja a parte, ou seja, no âmbito do contrato que celebrou com o garante¹³⁸.

Relativamente a segunda questão, duas hipóteses são consideradas na doutrina, isto é, ou a garantia extingue-se no momento da cessão do crédito, como referem *Portale* e *Alibrandi*, ou a garantia permanece na esfera jurídica do beneficiário, como refere *Bonelli*. Começando com a orientação do *Portale*, verificamos que ele justifica a sua posição afirmando que “*il credito contro il debitore e quello contro il garante non possono che interessare una sola sfera patrimonial*” o que significa dizer que, «seja o crédito contra o devedor como aquele contra o fiador, ambos podem afetar a única esfera patrimonial». No entanto este autor não exclui, como diz-nos Mónica Jardim, a possibilidade de se revelar exato o afirmado por *Muhl, Hadding – Hauser – Welter*, ou seja, que o cedente do crédito assistido de garantia autónoma seja, em regra, obrigado a procurar o consentimento do garante para que a transferência da garantia também possa ocorrer¹³⁹.

No mesmo sentido afirma *Alibrandi* que a cessão do direito garantido neste caso “*significa che il cedente rinuncia a che la prestazione oggetto della garanzia sai eseguita nei suoi confronti non potendosi più dare nella sua sfera il verificarsi della fattispecie garantita*”¹⁴⁰.

Em sentido contrário está a posição de *Bonelli* que já afirmou que, derivar da cessão do crédito garantido a extinção do empenho do garante, é ir longe de mais, uma vez que o “direito de garantia” pode permanecer na esfera jurídica do beneficiário originário¹⁴¹.

¹³⁷ Cfr., GOMES, Manuel Januário da Costa, *op. cit.*, p. 61.

¹³⁸ Cfr., JARDIM, Mónica, *op. cit.*, p. 132.

¹³⁹ Cfr., JARDIM, Mónica, *op. cit.*, pp. 131-132.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

Na perspectiva da doutrina portuguesa, Mónica Jardim na tentativa de dar uma resposta sobre o significado esta polémica (a da extinção ou não da garantia no momento da cessão), começa a dizer que, «admitir que o direito da garantia permaneça na esfera jurídica do beneficiário originário, que deixou de ser credor do contrato base, seria admitir uma dissociação entre titularidade do direito de garantia e titularidade do direito de crédito garantido assimilável, àquela que se verificaria, caso o direito de garantia pudesse ser cedido sem que, em simultâneo, o fosse o direito derivado do contrato base. Uma dissociação que deve ser recusada porque o escopo de garantia, que constitui a causa-função do *Garantievertrag*, comporta uma necessária inerência do direito de garantia ao direito de crédito decorrente do contrato base». Tornando mais claro a sua explicação, autora diz que, «o direito de garantia nasce para reforçar o direito de crédito decorrente do contrato base, para colocar o credor deste contrato a coberto dos danos derivados do incumprimento imputável, ou não, ao devedor. Sendo assim, o direito de garantia não pode permanecer na esfera jurídica daquele que tendo cedido o direito de crédito decorrente do contrato base não pode, obviamente, sofrer danos derivados do incumprimento, não tendo, consequentemente, qualquer direito a ser indemnizado». Conclui, «sendo indispensável para a cessão do direito de garantia o acordo do garante, caso seja cedido o crédito garantido, não dando o garante consentimento para a transferência do direito de garantia, este extingue-se»¹⁴².

Diferente é a posição assumida pelo Manuel Januário da Costa Gomes que admite a subsistência da garantia na esfera do beneficiário, apesar de o mesmo já não ser titular do crédito cedido. Recorrendo a autonomia da garantia, o autor aceita a situação de dissociação entre o crédito garantido e crédito de garantia, em consequência da isolada negociação do crédito de garantia. Este autor considera o crédito de garantia que permanece na esfera do cedente de “crédito-zombie”, já que o respetivo beneficiário não o poderá fazer atuar, uma vez que já não é titular do crédito cedido, não podendo invocar o correspondente incumprimento, ainda que exista uma cláusula de pagamento ao primeiro pedido; por sua vez, o novo titular do crédito subjacente – o cessionário – também não pode fazer atuar o crédito de garantia, uma vez que o mesmo não lhe pertence, por não lhe ter sido cedido. Diz o mesmo autor que, apesar de tudo, o crédito de garantia mantém interesse para o beneficiário, que o pode negociar autonomamente

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² *Idem*, pp. 133 - 134.

com o transmissário do crédito subjacente cedido ou que pode, simplesmente, “guardá-lo” para um previsto, quiçá acordado, “regresso” do crédito cedido à sua esfera jurídica¹⁴³.

A nossa posição sobre este assunto, tal como, sobre os restantes será tomada, como é óbvio, depois de falarmos sobre a problemática da eventual transmissão da cláusula «à primeira solicitação»¹⁴⁴.

2.1.2. Problema da eventual transmissão da cláusula «à primeira solicitação»

Manuel Januário da Costa Gomes em seguimento de *Alimbrandi* e *Bydlinski* sintetiza que, «estando identificado, dentro do crédito da garantia, o direito a acionar a garantia ou a interpelar o garante (*Recht auf Abruf*) e o direito ao pagamento (*Zahlungsanspruch*), o ponto da discórdia doutrinal está em saber se o beneficiário da garantia pode ceder, globalmente, o direito de interpelação e o direito ao crédito pecuniário derivado do (já ou ainda não ocorrido) acionamento da garantia, ou se, ao invés, está circunscrito à cessão deste último»¹⁴⁵. Essa questão assume um especial contorno quando a garantia bancária em causa for ao primeiro pedido¹⁴⁶.

¹⁴³ Cfr., GOMES, Mário Januário da Costa, *op. cit.*, pp. 62 - 63.

¹⁴⁴ Em ordem do enquadramento, esta problemática incide numa situação da negociação isolada de crédito de garantia quando a garantia em causa tem a cláusula de pagamento à primeira solicitação. O que se pretende aqui, como ao longo do texto poderão constatar é, se o beneficiário da garantia pode livremente transferir o direito de solicitar a garantia, já que o direito de receber a referida soma (enquanto um direito integrante no crédito de garantia tal como aquele) é entendido, na generalidade da doutrina como livremente cedido. Por exemplo, *Alimbrandi*, autora que, depois de negar a livre transmissão do direito de solicitar a garantia, considera livremente cedível o direito ao pagamento da soma objeto da garantia, ou seja, direito de receber a garantia enquanto um valor pecuniário. Considera a autora que cessão pode ter lugar mesmo que o crédito seja meramente eventual não pondo, assim, em causa o princípio da causalidade uma vez que está subordinada à condição suspensiva da hipotética futura solicitação do pagamento da garantia (ver JARDIM, Mónica, *op. cit.*, p. 144). Ver, na mesma direção, GOMES, Mário Januário da Costa, *op. cit.*, p. 74.

¹⁴⁵ Cfr., GOMES, Mário Januário da Costa, *op. cit.*, p. 63.

¹⁴⁶ Apesar de não ser frequente na prática contratual portuguesa (nomeadamente, bancária) a modalidade da fiança à primeira solicitação, a verdade é que, noutros países da Europa (sobretudo na Itália e na Alemanha) essa prática é comum entre os bancos (cfr., neste sentido, CAMELO, António Sampaio,

De acordo com professor Menezes Leitão, a posição dominante na Alemanha é aquela que foi expressa por *Canaris, Mülbart, Rüßmann / Britz, e Graf Von Westphalen*. Segundo esta posição, o beneficiário não pode ceder ao cessionário a faculdade de exigência automática do pagamento da garantia bancária. Isto porque, verifica-se subjacentemente à concessão de uma faculdade desta natureza uma relação de confiança que obsta a que essa faculdade seja separada do beneficiário sem o consentimento do banco garante¹⁴⁷.

Na consideração de *Canaris*¹⁴⁸ «o direito de acionar a garantia necessita do consentimento do banco, uma vez que se trata de uma alteração do conteúdo da garantia». Segundo este autor, «só assim não será se, numa situação concreta, a garantia tiver sido moldada em termos de o direito de acionar a garantia poder passar para o cessionário sem consentimento do banco»¹⁴⁹.

Ainda na esfera do direito estrangeiro, para além da Alemanha, existem noutros países da Europa doutrinas que negam a possibilidade de o beneficiário ceder ao cessionário a faculdade de exigência automática do pagamento da garantia. Essas doutrinas consideram que o direito de solicitar a garantia é marcado pelo *intuitus personae*, razão pela qual defendem que a transmissão desse direito só deverá admitir-se, se houver no texto da garantia estipulação nesse sentido ou se o garante (ouvido o ordenante da garantia), uma vez solicitado a dar o seu assentimento à transmissão projetada e a apreciar o risco a ela inerente, nisso consentir¹⁵⁰. Em caso contrário, teria efeito de aumentar o risco de acionamento indevido ou mesmo abusivo da garantia, piorando, assim, a situação do garante e, reflexamente, do dador de ordem¹⁵¹.

op. cit., p. 121). Com efeito, em 26 de Abril de 1987 o BGH, em referência a essa modalidade de fiança «à primeira solicitação», decidiu que, no caso de cessão do crédito principal, a transferência do direito de garantia no confronto com o fiador compreende para além do direito a receber a soma objeto da fiança à primeira solicitação também a legitimidade para executar a dita fiança. A polémica doutrinária começa quando alguns autores alemães consideram essa sentença de 1987, como válida para o contrato autónomo de garantia, afirmando que também a garantia autónoma à primeira solicitação é um meio veloz e seguro de satisfação dos interesses do beneficiário, razão pela qual, no caso de cessão do crédito derivado do contrato base, a legitimidade para executar a garantia autónoma deve ser transferida para o beneficiário mesmo sem o acordo do garante (veja-se sobre assunto, JARDIM, Mónica, *op. cit.*, pp. 127 e 128).

¹⁴⁷ Cfr., LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op. cit.*, p. 328.

¹⁴⁸ Cfr., GOMES, Mário Januário da Costa, *op. cit.*, p. 65.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ A respeito disso, veja-se, CAMELO, António Sampaio, *op. cit.*, p. 124.

¹⁵¹ GOMES, Manuel Januário da Costa, *op. cit.*, p. 78.

A Câmara de Comércio Internacional, nas suas *Uniform Rules for Demand Guarantees*, publicadas em 1992, acolhe, em princípio, a não cedibilidade de direito de acionar a garantia, pois determina na primeira parte do seu artigo 4.º, nestes termos:

“The Beneficiary’s right to make a demand under a Guarantee is not assignable unless expressly stated in the Guarantee or in an amendment thereto.

(O direito de fazer um pedido de pagamento ao abrigo de uma Garantia não é cedível, salvo se declarado expressamente na Garantia ou numa alteração a esta)¹⁵².

Nem toda doutrina se posicionou no mesmo sentido, pois, na alemã a posição diversa foi defendida por *Haldding / Häuser / Welter*. Segundo estes autores a relação de confiança respeite somente à capacidade de cumprimento do devedor, e nada tem a ver com o comportamento futuro do titular da garantia que na maioria dos casos nem sequer será conhecido do garante. Com base nessa consideração de que o banco garante só tem uma relação de confiança com o devedor e não com o beneficiário, estes autores defendem que a transmissão da faculdade de exigência automática não carece do consentimento do garante, isto é, o direito de acionar a garantia à primeira solicitação é livremente cedível através do instituto da cessão de créditos¹⁵³.

Em Portugal, o Professor Menezes Leitão defende que a melhor opção é a que faz depender a transmissão da faculdade de exigência automática de autorização do garante. Nas suas palavras, «efetivamente, é exato que a confiança do garante se refere à capacidade do cumprimento do devedor, como ocorre em qualquer garantia, mas na garantia automática há um *plus* em relação à situação normal das garantias, que considera na faculdade de ser exigida à primeira solicitação, sendo extremamente limitadas as exceções oponíveis pelo devedor», pelo que considera «a concessão dessa faculdade deve considerar-se *intuitus personae*, não podendo assim essa faculdade ser transmitida sem o consentimento do garante, pelo que permanecerá sem esse consentimento na esfera do cedente»¹⁵⁴.

¹⁵² Cit., CAMELO, António Sampaio, *op. cit.*, pp. 124 - 125.

¹⁵³ Cfr., LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *op. cit.*, p. 329.

¹⁵⁴ Cfr., *ibidem*.

2.1.3. Posição adotada

Depois da exposição sobre as divergências suscitadas em torno da transmissão da garantia bancária autónoma e em especial, da eventual transmissão da cláusula «à primeira solicitação» é altura de tomarmos posição quanto a cada um dos problemas em apreço.

Começamos, desde logo, por perfilhar a posição que defende a insuscetibilidade de transmissão *ex lege* da garantia bancária autónoma em caso de cessão do crédito por esta garantida. Em primeiro lugar, tal como defendia Bonelli¹⁵⁵, não podemos desconsiderar que a garantia bancária é autónoma em relação ao crédito garantido. Ora, a autonomia da garantia bancária em relação ao crédito garantido é, precisamente, o traço que a distingue das restantes garantias. Tal como posicionou José Costa Pinto¹⁵⁶ também seguimos, Manuel Januário da Costa Gomes quando aponta, indiretamente, a incoerência dos que proclamam a autonomia da garantia bancária para determinados efeitos, mas esquecem-na para efeitos de circulação da mesma¹⁵⁷.

Assim, rejeitamos a tese que defende a transmissão automática da garantia bancária em caso de cessão do crédito garantido, até porque, não podemos deixar de considerar que a obrigação do garante estabelecida numa determinada garantia bancária não constitui uma obrigação secundária ou subsidiária relativamente à obrigação não cumprida pelo devedor no contrato-base. Trata-se, efetivamente, de uma obrigação em si mesma, de carácter principal, não acessório da obrigação que visa garantir. Também por isto, pensamos que a garantia bancária autónoma não é abrangida pelo disposto no artigo 582.º, nº 1, do C.Civ., por não constituir uma garantia ou acessório do crédito para estes efeitos¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Cfr., BONELLI, Franco, “Le garanzie bancarie prima domanda nel commercio internazionale”, Guiffré Editore, 1991, p. 70.

¹⁵⁶ Vide, PINTO, José Costa, *op. cit.*, p. 42.

¹⁵⁷ Cfr. GOMES, Manuel Januário da Costa, *op. cit.*, p. 59.

¹⁵⁸ Cit. PINTO, José Costa, *ibidem*.

Admitindo que a garantia bancária autónoma não se transmite *ex lege*, isto é, automaticamente com a cessão do crédito garantido, mas sim em função de um novo contrato (transmissão *ex contractu*), na nossa opinião, o consentimento do banco garante só será relevante em caso circunstancial. Se não vejamos:

Devemos ter presente a ideia de que dentro da garantia bancária autónoma estão o direito de crédito pecuniário e o direito potestativo de interpelar (accionar) a garantia. Assim, se estivermos perante um direito de crédito pecuniário entendemos que, o consentimento do garante é irrelevante para a transmissão isolada do crédito da garantia. Pois, não existe nenhuma relação *intuitus personae* que impossibilite essa transmissão, até porque, de acordo com a lei, «o credor pode ceder a terceiro uma parte ou totalidade do crédito, independentemente do consentimento do devedor, contanto que a cessão não seja interdita por determinação da lei ou convenção das partes e o crédito não esteja, pela própria natureza da prestação, ligado à pessoa do credor» (art. 577.º, nº 1, do C.Civ.). Nesses termos, o banco garante não pode recusar-se a cumprir a garantia alegando a falta do seu consentimento no negócio da transmissão, antes pelo contrário, deve pagar a quantia objeto da garantia, com simples solicitação do beneficiário ou da comprovação pelo beneficiário da ocorrência do facto qual se obrigou, consoante a modalidade da garantia em causa.

E, se na negociação isolada do crédito de garantia as partes desrespeitarem os requisitos previstos no art.577.º, nº 1 do C.Civ., na nossa opinião, a melhor solução é aquela que aponta para a subsistência da garantia e não a sua extinção. Pois, a violação desses requisitos só pode afetar a transmissão da garantia e não pode servir, de jeito nenhum, do fundamento para a extinção da garantia, uma vez que a garantia pode manter-se na esfera do beneficiário originário.

Mas quando estivermos perante o direito de acionar a garantia, *in casu*, garantia “à primeira solicitação”, acreditamos que a interpretação do texto da garantia é o melhor método para resolver o problema. Isto é, não podemos, em princípio, negar, como faz boa parte da doutrina, que o direito de acionar a garantia acompanhe a cessão isolada do crédito de garantia presumindo que existe uma relação *intuitus personae* em relação a este direito. Devemos antes, como refere Manuel Januário da Costa Gomes, demonstrar a existência dessa relação,

interpretando o texto da garantia¹⁵⁹. Assim, se da interpretação resultar que para a entidade bancária não foi efetivamente relevante, de nenhuma forma, a identidade do beneficiário poderão estar reunidas as condições para se entender que o direito de acionar a garantia bancária autónoma “à primeira a solicitação” se deve considerar incluído no negócio de cessão da garantia. Caso contrário, tal inclusão parece-nos ser de rejeitar, pelo que, nesta hipótese, o direito de acionar a garantia bancária autónoma “à primeira solicitação” não deve ser considerado livremente cedível¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Cfr., GOMES, Manuel Januário da Costa, *op. cit.*, p. 78.

¹⁶⁰ Cfr., PINTO, José Costa, *op. cit.*, p. 44.

Conclusão

A primeira conclusão que podemos arrancar da análise do presente trabalho consubstancia-se no entendimento de que, da mesma forma que a autonomia (caraterística essencial da garantia que mereceu o nosso estudo) justifica a frequente utilização e enorme popularidade da garantia bancária autónoma em relação às outras garantias das obrigações, *máxime*, a mais paradigmática garantia pessoal das obrigações, a fiança bancária, também deve justificar a sua transmissão isolada no regime geral do art.º 582/1 do C.Civ. Essa transmissão é de extrema relevância prática para o cessionário de um crédito pois, serve de uma forma de obter a liquidez.

A transmissão isolada da garantia bancária autónoma dispensa o consentimento do garante quando se trata da simples transmissão do crédito da garantia (art.º 582.º, nº 1 C.Civ.). Trata-se de um crédito pecuniário que deverá ser prestado pelo banco garante de acordo com texto da garantia, sem discussão deste, a não ser que a solicitação seja abusiva ou manifestamente fraudulenta. Corresponde a uma prestação distinta da que resulta das obrigações pecuniárias previstas no Código Civil, porque enquanto neste caso o direito do beneficiário só se constitui mediante verificação do facto material descrito no contrato de garantia, no caso das obrigações pecuniárias previstas no Código Civil o direito do credor à prestação constitui-se *ab initio* com a celebração do negócio jurídico de que resulta, embora só seja exigível no momento convencionado.

Qualquer violação respeitante a essa transmissão só deve afetar o negócio da transmissão, o que justifica a subsistência da garantia na esfera jurídica do cedente (credor do contrato-base).

E por fim, queremos dizer que, a legitimidade para acionar a garantia será do beneficiário cedente/credor do contrato-base se, do texto da garantia, reunir condições que nos permitem concluir da existência de uma relação *intuitus personae* nesta garantia. Caso contrário, a legitimidade de acionar a garantia será do cessionário/beneficiário da garantia.

Bibliografia

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos III. Contratos de Liberalidade, de Cooperação e de Risco*, Almedina, Coimbra, 2012.
- ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, 2009.
- BALDINI, Marta, “Trasmissibilità del mutuo, circolazione del credito e surrogazione”, Tesi di Dottorato, Esame finale anno 2013, pp. 117 – 118, disponível in http://amsdottorato.cib.unibo.it/5548/1/baldini_marta_tesi.pdf, visto em janeiro de 2014.
- BASTOS, Miguel Brito, “A recusa lícita da prestação pelo garante na garantia autónoma “on first demand”, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, Volume III, Coimbra Editora, 2010.
- BERTRAMS, Roeland F., *Bank Guarantees in International Trade*, Kluwer law international, the Hague, 2ª ed., 1996.
- BIANCA, C. Massimo, *La Vendita e la Permuta*, 2ª ed., 1993.
- BONELLI, Franco, “Le garanzie bancaire prima domanda nel commercio internazionale”, Guiffré Editore, 1991.
- BRANCO, Manuel Castelo, “A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações, in Revista da Ordem dos Advogados, I, 1993.
- CAMELO, António Sampaio, “A garantia bancária à primeira solicitação – sua autonomia e instrumentalidade”, Anotação do Ac. do STJ de 5 de junho de 2003, Proc. n.º 1466/03, pp. 115 - 116, in <http://www.estig.ipbeja.pt/>, visto no Novembro de 2013.
- CORDEIRO, António Menezes, *Manual de Direito Bancário*, Coimbra, 2006, p. 636.
– *Direito das Obrigações, Volume II*, 1980.
- CORREIA, Ferrer, “Notas para o estudo da garantia bancária”, Revista de Direito e Economia, ano VIII, n.º 2, julho/Dezembro, 1982.

- COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 10ª Edição Reelaborada, Almeidina, Coimbra, 2006.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida e MONTEIRO, António Pinto, “Garantias bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação (parecer) ”, *Coletânea de Jurisprudência*, Ano XI, Tomo V.
- CRISTAS, Maria de Assunção Oliveira, *Transmissão Contratual do Direito de Crédito. Do carácter real do direito de crédito*, Dissertação para Doutoramento em Direito Privado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Março de 2004.
 - “Dupla venda de um direito de crédito”, *in* o *Direito*, ano 132.º, 2000 I-II, p. 202.
- DIEZ-PICAZO, Luiz y ANTÓNIO GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, Volume II, Editorial Tecnos, Madrid, 1978.
- Disponível *in* <http://iurisconfidi.smefin.org/blog/>, consultado em Janeiro de 2014.
- Disponível *in* <http://www.fd.ul.pt/>, visto em janeiro de 2014.
- Disponível *in* <http://www.juristep.com/legislacao.htm>, visto em fevereiro de 2014.
- Disponível *in* <http://www.juristep.com/legis/tratado>, visto em Janeiro de 2014.
- Disponível *in* <http://web.giaba.org/media/f/>, visto em Novembro de 2013.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual de Derecho Civil Espanõl*, volume III, Obligaciones y contratos, 4ª ed., Madrid, 1975.
- FERREIRA, António Pedro A., *Direito Bancário*, Lisboa, Quid Juris, 2005.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente, *La cesión de créditos*, Valencia, 1993.
- GEORGES RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951.

- GOMES, Fátima, “Garantia bancária autónoma à primeira solicitação”, in *Revista Direito e Justiça*, Volume VIII, Tomo 2, Ano 1994.
- GOMES, Manuel Januário Costa, *Assunção Fidejussória de Dívida*, Almedina, 2000.
 - “Sobre circulabilidade do crédito emergente de garantia bancária autónoma ao primeiro pedido”, in *Revista da Banca*, nº 64, 2007.
- JARDIM, Mónica, *A Garantia Autónoma*, Livraria Almedina, Coimbra, 2002.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes, *Garantias das obrigações*, Manuais Universitários, Livraria Almedina, 2006.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes, *Direito das Obrigações*, II (Transmissão e Extinção das Obrigações, Não Cumprimento e Garantias do Crédito), 7ª edição, 2010.
- PATRÍCIO, José Simões, “ Preliminares sobre a garantia *on first demand*”, Á memória do Professor João de Castro Mendes, in *Revista da Ordem dos Advogados*, III, 1983.
- PETTI, Giovanni Battista, *La fideiussione e le garanzie personali del credito*, 2000.
- PINTO, José Costa, “A (Eventual) Transmissão automática da garantia bancária em caso de cessão do crédito garantido” in *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 26, 2010.
- PIRES, José Maria, *Elucidário de Direito Bancário*, Coimbra Editora, 2002.
- MADALENO, Cláudia Alexandra dos Santos, *As Garantias das Obrigações nos Direitos Guineense e da OHADA*, Almedina, 2009.
- MANCINI, Tommaso, *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, Giuffrè Editore, Milano, 1968.
- MANCUSO, Salvatore, *Direito Comercial Africano (OHADA)*, Almedina, 2012.

- MARTNEZ, Pedro Romano e PONTE, P. Fuzeta, *Garantias de Cumprimento*, 5ª edição, Coimbra, 2006.
- MARTINS, José A. Rebelo e FERREIRA, Ernesto de Oliveira, *Garantias Bancárias*, Banco de Espírito Santo, Lisboa, 1983.
- MENDES, Evaristo, “Garantia Bancária. Natureza”, RDES, XXXVII, 1995.
- NETO, Abílio, Código Civil Anotado, 15ª edição revista e atualizada, Coimbra Editora, 2006.
- TELLES, Inocêncio Galvão, *Garantia Bancária Autónoma*, in o Direito, III-IV, Ano 120.º, 1988.
- VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Volume II, 7ª edição, Coimbra, 1997.
- VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de, *Direito das Garantias*, Manuais Universitários, Almedina, 2010.
- *A Cessão de Créditos em Garantia e a Insolvência*, Coimbra Editora, 2007.

Jurisprudência

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14.10.2004, processo nº 1008/04, disponível in <http://www.stj.pt/>, visto em Novembro de 2013.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de maio de 2010, processo nº 25878/07, disponível in <http://www.gde.mj.pt/jstj>, visto em novembro de 2013.
- Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa de 24 de março de 2008, processo nº 2360, disponível in <http://www.dgsi.pt/jtrl>, visto em novembro de 2013.
- Acórdão de Relação de Lisboa de 11 de dezembro de 2002, in CJ, 2002, Ano XXVII, Tomo V.